DELATION

DER

ERBSCHAFT

IM

FALLE EINER TODTGEBURT.

INAUGURAL-ABHANDLUNG

VON

GEORG KRIEG.

MÜNCHEN.
THEODOR ACKERMANN.
—
1876.

DELATION

DER

ERBSCHAFT

IM

FALLE EINER TODTGEBURT.

INAUGURAL-ABHANDLUNG

VON

GEORG KRIEG.

MÜNCHEN.
THEODOR ACKERMANN.
—
1876.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554609_0072

1. Die gegenwärtige Abhandlung beschäftigt sich mit der Frage:

ob es im Falle der Todtgeburt des nächsten Erben so angesehen werden müsse, als ob gar keine Schwangerschaft bestanden hätte, oder aber als Zeitpunkt der Delation der Erbschaft an die nachberufenen Erben der Zeitpunkt der Todtgeburt zu betrachten sei.

Zunächst sollen mehrere Fälle vorgeführt werden, in denen sich die Frage als bedeutsam erweist:

1) A, der bisher keine Kinder hatte, ist mit Hinterlassung einer schwangeren (vermöglichen) Frau B, eines Bruders C, dreier Neffen D, E und F von einem verstorbenen Bruder und einer Nichte G von einer verstorbenen Schwester ohne Testament verstorben, darauf ist C kinderlos mit Tod abgegangen, und dann ist B mit einem todten Kinde niedergekommen. — Ist der Zeitpunkt der Todtgeburt entscheidend für die Delation der Erbschaft des A an seine Seitenverwandten, so vertheilt sich die Erbschaft in Gemässheit des Reichsschlusses von Speyer einfach unter D, E, F und G nach Köpfen. Zu einem andern Ergebnisse gelangt man, wenn man von der Schwangerschaft der B absieht, demgemäss davon ausgeht, dass der Nachlass des A im Augenblicke seines Todes dem C zu $^1/_3$, dem D, E und F zu je $^1/_9$, und der G zu $^1/_3$ deferirt worden sei. Möglicherweise können dann die Erben des C das Drittel desselben beanspruchen, wenn nemlich entweder C,

die B für nicht schwanger haltend [1]), den Erbschaftsantritt erklärt hatte oder die Voraussetzungen eines Transmissionsfalles gegeben sind. Ausserdem vertheilt sich zwar der Nachlass ausschliesslich unter D, E, F und G, aber — nach der herrschenden Lehre [2]) — in der Art, dass G die Hälfte, D, E und F je $^1/_6$ bekommen.

2) Der erwartete postumus ist als Erbe eingesetzt, A ist ihm an erster, B an zweiter Stelle substituirt. Nach dem Tode des Testators stirbt A und darauf erfolgt eine Todtgeburt. Ist der Zeitpunkt der Todtgeburt entscheidend, so fällt die Erbschaft an B, ausserdem haben möglicherweise (vergl. Ziff. 1) die Erben des A darauf Anspruch.

3) Der erwartete postumus, A und B sind jeder auf $^1/_3$ zu Erben eingesetzt und sich wechselseitig substituirt. Nach dem Tode des Testators und dem Erbantritte des A und B stirbt A, und darauf erfolgt eine Todtgeburt. Ist der Zeitpunkt der Todtgeburt entscheidend, so fällt das Drittel des postumus ausschliesslich an B [3]), ausserdem zu gleichen Theilen an die Erben des A und an B.

Wäre die wechselseitige Substitution nicht erfolgt, so würde, da das Accrescenzrecht auch in der Person der Erbeserben Platz greift [4]), das Drittel des postumus gleichmässig dem B und den Erben des A zufallen, gleichviel ob die Accrescenz nach dem Zeitpunkt der Todtgeburt oder nach dem des Todes des Erblassers bestimmt wird.

1) Vergl. L 84 D de A. vel O. H. 29. 2 verb.: emancipatus aut exter etc.; L 30 § 2 eod. (arg. a contrario). — *Koeppen* in den Iahrb. f. Dogm. Bd. V S. 150 Text zu Note 82.

2) Vgl. *Arndts* Pand. §. 479 vorl. Satz: »Die Art der Theilung bestimmt sich darnach, welche Personen berufen, nicht darnach, welche wirklich Erben geworden sind.« S. übrigens unten § 9.

3) Cf. L 81 D de A. v. O. H. 29. 2; L 23, L 45 § 1 D de vulg. et pup. subst. 28. 6; L 9 D de suis et legit. 38. 16 verb.: alia causa etc. *Arndts* § 517. S. unten §. 4.

4) Cfr. L 26 § 1 D de cond. et demonstr. 35. 1; L 9 D de suis et legit. 38. 16 — *Arndts* § 518.

Nach anderer Richtung könnte es aber auch hier von Einfluss sein, ob die Thatsache der Schwangerschaft noch beachtet, oder von ihr nunmehr abgesehen wird. So wenn die Falcidische Quart oder der Pflichttheil aus dem Nachlasse des A zu berechnen ist, indem es bei der Falc. Quart sowohl als bei dem Pflichttheil auf die Grösse des Vermögens zur Zeit des Todes des Erblassers ankömmt, demgemäss hinterheriger Zuwachs durch Anwachsung nicht zu beachten ist [5]).

2. Die Frage müsste nun unzweifelhaft dahin beantwortet werden, dass nach eingetretener Todtgeburt von der Thatsache der Schwangerschaft abzusehen sei, wenn der Grundsatz richtig wäre, den in neuester Zeit *Fitting* [6]) aufgestellt und vertheidigt hat, nemlich:

»dass, wenn ein zur Erbschaft Berufener nicht wirklich Erbe werde, alles juristisch so zu behandeln ist, wie wenn er von vornherein nicht vorhanden gewesen wäre.«

Denn wird ein weggefallener Delat so behandelt, wie wenn er von vornherein nicht vorhanden gewesen wäre, so muss dies noch mehr von demjenigen gelten, dem noch gar nicht deferirt war, sondern nur, wenn er Rechtssubject geworden, deferirt worden wäre.

Indess ist *Fitting's* Princip auf Grund der Quellen entschieden als nicht stichhaltig anzufechten. *Fitting* selbst erhebt gegen seine These ein Bedenken, das er zwar zu beseitigen sucht, das sich aber nicht beseitigen lässt. —

»Wollte man — bemerkt er S. 154 Note 6 a. a. O. etwa einwenden, dass denn doch immerhin ein destituirtes Testament einem von Anfang an ungültigen nicht vollständig gleichstehe, weil durch letzteres ein früheres, gültig errichtetes nicht aufgehoben werde, wohl aber durch ein neues, gültig errichtetes aber später destituirtes, so

5) Vgl. L 44 in f. D de bon. libert. 38. 2. S. unten § 8.

6) Juristische Beiträge. Zur Lehre vom Anwachsungsrechte. Archiv f. die civ. Praxis Bd. 57 Heft 2 Nr. IX. S. 149 ff. S. 153.

zwar, dass durch die Destitution das frühere auch nicht wieder auflebe, so wäre dieser Einwand nicht triftig, weil die aufhebende Wirkung eines neuen Testaments vom römischen Recht immer lediglich mit Rücksicht auf den Zeitpunkt der Testamentserrichtung beurtheilt wird und nach Massgabe der Erwägung, ob nach den Verhältnissen, wie sie in diesem Zeitpunkt bestehen, eine Möglichkeit vorhanden ist, dass jemand aus dem Testament Erbe werde. Auch wird der Einwand schon von den römischen Juristen berücksichtigt und in der angegebenen Weise widerlegt. Man vergleiche z. B. Gai. II. 144: »Posteriore quoque testamento quod jure factum fuerit, superius rumpitur; nec interest an extiterit aliquis ex eo heres, an non extiterit; hoc enim solum spectatur, an existere potuerit.« Ferner § 2 I. quib. mod. test. inf. 2. 17; L 54 D de hered. inst. 28. 5 (Nerat.); L 3 § 4 D de injusto rupto 28. 3 (Papin.); L 16 D eod. (Pompon.) u v. a.«

So *Fitting*. Allein wenn, wie nach seinem Princip anzunehmen, der Erbe, durch dessen Wegfallen vor dem Erwerb der Erbschaft ein Testament destituirt wird, als von Anfang an, d. h. im Zeitpunkt der Testamentserrichtung [7]) nicht vorhanden zu betrachten wäre, dann müsste auch das Testament als von Anfang an ungültig, ein früheres daher als durch dasselbe nicht aufgehoben angesehen werden. Dass aber das nicht der Fall sei, wird durch die von *Fitting* selbst angeführten Stellen bewiesen.

3. Beim Nichtvorhandensein eines älteren Testaments müsste, wenn das errichtete Testament nach dem Tode des Testators durch Wegfall des oder der eingesetzten Erben ungültig wird, in Consequenz des *Fitting*'schen Princips angenommen werden, dass die Erbschaft schon

7) *Fitting* sagt S. 154 ausdrücklich, dass der Fall, wenn der eingesetzte Erbe nach der Delation aber vor dem Erwerbe der Erbschaft stirbt, und der Fall, wenn ein zum Erben Eingesetzter schon zur Zeit der Testamentserrichtung todt war, kraft der von ihm angenommenen Regel für die juristische Behandlung einen gleichen Character erhalten.

im Augenblicke des Todes des Erblassers ab intestato deferirt worden sei. Nun ergibt sich aber das Gegentheil u. a. aus folgenden Stellen:

§ 7 Inst. de her. quae ab int. def. 3. 1: Cum autem quaeritur, an quis suus heres existere potest: eo tempore quaerendum est, quo certum est aliquem sine testamento decessisse: quod accidit et destituto testamento. Hac ratione si filius exheredatus fuerit et extraneus heres institutus est, filio mortuo postea certum fuerit heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut quia noluit esse heres, aut quia non potuit: nepos avo suus heres existet, quia quo tempore certum est intestatum decessisse patrem familias, solus invenitur nepos. et hoc certum est. Vgl. § 8 Inst. eod.

L 7 pr. D si tab. test. null. 38. 6 Papinianus: Scripto herede deliberante filius exheredatus mortem obit atque ita scriptus heres omisit hereditatem. nepos ex illo filio susceptus avo suus heres erit neque pater videbitur obstitisse, cujus post mortem legitima defertur hereditas . . .

L 1 § 8 D de suis et leg. 38. 16 Ulpianus: . . . si pater familias testamento facto decesserit exheredato filio, mox deliberante herede instituto filius decessit, postea deinde repudiavit heres institutus: nepos poterit suus heres esse, ut et Marcellus libro decimo scripsit, quoniam nec delata est filio hereditas . . .

L 6 pr. D de injusto rupto 28. 3 Ulpianus: Si quis filio exheredato nuru praegnate relicta decesserit et extraneum sub condicione instituerit et pendente condicione post mortem patris vel deliberante herede instituto de adeunda hereditate exheredatus filius decesserit et nepos fuerit natus, an rumpat testamentum? et dicemus testamentum non rumpi, cum nec exheredari hujusmodi nepos deberet ab avo, quem pater praecedebat. plane si forte

institutus omiserit hereditatem, hunc avo suum[8]) futurum heredem ab intestato non dubitatur.

L 9 § 2 D de liber. et post. hered. 28. 2 Paulus: Si filium exheredavero nepotemque ex eo praeteriero et alium heredem instituero et supervixerit filius post mortem meam, licet ante aditam hereditatem decesserit, non tamen nepotem rupturum testamentum Julianus et Pomponius et Marcellus ajunt. Diversumque est si in hostium potestate filius sit et decesserit in eodem statu: rumpit enim his casibus nepos testamentum, quod moriente avo fili jus pependerit, non abscisum ut superiore casu fuerit. sed et si heres institutus omiserit hereditatem erit legitimus heres, quoniam haec verba »si intestato moritur« ad id tempus referuntur, quo testamentum destituitur, non quo moritur.

Diese Stellen behandeln im Wesentlichen denselben Fall: der Erblasser enterbt seinen Sohn, aus welchem ein Enkel entweder bereits vorhanden ist oder doch nachher von der schon schwangeren Schwiegertochter geboren wird und setzt einen Anderen als Erben ein. Der Eingesetzte schlägt die Erbschaft später aus oder wird aus sonstigen Gründen nicht Erbe. Der Sohn ist nach dem Vater, aber vor dem Wegfall des eingesetzten »extraneus« verstorben. Nun wird der Enkel ipso jure gesetzlicher Erbe des Grossvaters.

Diese Entscheidung wäre offenbar nicht möglich, wenn Alles juristisch so zu behandeln wäre, wie wenn der ausschlagende Eingesetzte von vornherein nicht vorhanden gewesen wäre; denn dann müsste das Testament

8) Die Lesart der Handschriften lautet »suo«. Mit Recht setzen *Brenkman* und *Mommsen* dafür »suum«. Vergl. die vorabgedruckten Stellen.

wegen Mangels einer (gültigen) Erbesernennung als gleich bei seiner Errichtung ungültig, die »exheredatio filii« daher als gar nicht geschehen erachtet werden [9]); es würde daher in weiterer Folge nicht erst im Augenblicke des Ausschlagens des eingesetzten Erben der Enkel, sondern im Augenblicke des Todes des Erblassers dessen Sohn gesetzlicher Erbe geworden sein. Das Ungültigwerden des Testaments nach dem Tode des Testators hat nun zwar zur Folge, dass Intestaterbfolge eintritt. Aber es wird jetzt nicht so angesehen, als ob beim Tode des Erblassers ein gültiges Testament gar nicht vorhanden gewesen wäre; der Eintritt der Intestaterbfolge wird auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers nicht zurückbezogen. Haec verba »si intestato moritur« ad id tempus referuntur, quo testamentum destituitur, non quo moritur. L 9 § 2 cit. in fine.

4. Gegen *Fitting* kommen ferner die Stellen in Betracht, welche aussprechen, dass der Substitut den Wegfall des Instituten schlechthin erleben muss, indem durch vorheriges Versterben desselben die Substitution in gleicher Weise wie durch das Erbewerden des Instituten vereitelt wird, und zwar auch dann, wenn der Verstorbene auf einen Erbtheil im ersten Grade eingesetzt war und diesen erworben hat, wonach er die Substitutionsportion im Falle Erlebens des Eintritts des Substitutionsfalles ipso jure erworben haben würde [10]). Es gehören hieher:

> L 45 § 1 D de vulg. et pup. subst. 28. 6: Paulus respondit, si omnes instituti heredes omnibus invicem substituti essent, ejus portionem, qui quibusdam defunctis postea portionem suam repudiavit, ad eum solum,

9) L 1 § 3 D de vulg. et pup. subst. 28. 6: . . . nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet.

10) Cfr. L 76 pr. D de A. vel O. H. 29. 2.

qui eo tempore supervixit, ex substitutione pertinere.

L 9 D de suis et legit. hered. 38. 16 Marcianus: Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint adire hereditatem, vel morte vel qua alia ratione impediti fuerint quominus adeant, reliquis qui adierint accrescit illorum portio, et licet decesserint, antequam accresceret, hoc jus ad heredes eorum pertinet. alia causa est instituti heredis et coheredis (coheredi) substituti; huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam si decesserit, heredem ejus sequitur.

Nach *Fitting* müsste, wenn von drei wechselseitig substituirten Erben einer nach dem Erwerbe seiner Institutionsportion verstorben und dann ein anderer vor dem Erwerb der Erbschaft weggefallen wäre, angenommen werden, dass ersterer den Eintritt des Substitutionsfalles erlebt habe, woraus sich die Folge ergäbe, dass dessen Erben die Hälfte der Institutionsportion des weggefallenen Erben beanspruchen könnten.

5. Einleuchtend ist die Unvereinbarkeit der *Fitting*'schen Lehre mit dem Grundsatz des älteren römischen Intestaterbrechts: »In legitimis hereditatibus successio non est« [11]).

In Gemässheit dieses Grundsatzes war, wenn beispielsweise der agnatische Bruder des Erblassers die ihm ab intestato deferirte Erbschaft ausgeschlagen hatte, oder vor deren Antritt gestorben war, nicht der agnatische Neffe zur Succession berufen, während doch letzterer nach *Fitting's* These, sobald der Bruder weggefallen war, als der im Zeitpunkt der Eröffnung der Intestaterbfolge nächste Agnat hätte angesehen werden müssen, eine delatio per successionem als gar nicht in Frage gewesen wäre.

Nun hat allerdings der Prätor für die bonorum possessio eine successio ordinum und in der Klasse »unde

11) Gaj. III. 12, 13; Ulpian XXVI. 5; Paul. R. S. IV. 8. 3.

cognati« eine successio graduum eingeführt, und im neuesten römischen Rechte gilt nach richtiger Ansicht jener Grundsatz des älteren Rechts überhaupt nicht mehr [12]). Allein daraus folgt nicht die Richtigkeit der *Fitting*'schen Lehre für das neueste Intestaterbrecht. Fällt der bisherige Delat weg, so wird nun allerdings die Erbschaft demjenigen deferirt, welchem sie gleich anfänglich deferirt worden wäre, wenn der Weggefallene von Anfang an nicht vorhanden gewesen sein würde. Aber es wird nicht durchweg so angesehen, als ob der bisherige Delat von Anfang an nicht vorhanden gewesen wäre; die neue Delation wird nicht auf den Zeitpunkt der Delation an den bisherigen Delaten zurückbezogen. Die prätorische Delationsfrist lief dem zweiten Delaten, auch wenn er sich für den ersten Delaten gehalten hatte, erst vom Wegfall des ersten Delaten an, während ihm in diesem Falle vom Standpunkt *Fitting's* aus eine neue Frist nicht hätte laufen können. Wenn ferner der in zweiter Linie Berufene, sich für den in erster Linie Berufenen haltend oder von der durch L 9 Cod. qui admitti ad bonorum poss. possunt 6. 9 [13]) gewährten Befugniss Gebrauch machend, den Erbschaftsantritt erklärt hat, und dann vor Wegfall des in erster Linie Berufenen verstorben ist, so können nach wirklichem Wegfall des Letzteren die Erben des ersteren auf die fragliche Erbschaft keinen Anspruch machen, während vom Standpunkte *Fitting's* aus der Erbschaftsantritt ihres Erblassers als ein wirksamer Act anzusehen wäre.

---

12) Dig. de succ. ed. 38. 9; Cod. 6. 16. — L 15 § 3 Cod. de legg. her. 6. 58; § 7 J. de legit. agnat. succ. 3. 2; Nov. 118 cap. 1, 2. — S. *Arndts* Pand. § 477 Anm. 5 u. § 478 Anm. 1; *Vangerow* Pand. Bd. II § 420 bes. S. 62, 63; *Windscheid* § 573 Anm. 4; *Rudolf Leonhard* »Versuch einer Entscheidung der Streitfrage über den Vorzug der successio graduum vor dem Accrescenzrecht nach röm. Recht.« (Halle 1874) bes. § 3.

13) Vgl. *Windscheid* Pand. §. 597 Note 2.

6. Nicht im Widerspruch, sondern im Einklang sind mit Vorstehendem folgende von *Fitting* für seine Ansicht geltend gemachten Stellen:

L 18 § 3 C de jur. delib. 6. 30 (Impp. Theodos. et Valent. a. 426): Sin vero vel non sit tutor, vel, cum sit, ea facere neglexerit, tunc eodem infante in ea aetate defuncto omnes hereditates ad eum devolutas et non agnitas ita intelligi, quasi ab initio non essent ad eum delatae et eo modo ad illas personas perveniant, quae vocabantur, si minime hereditas infanti fuisset delata. [14])

§ 5 (9) J de B. P. 3. 9 (10): Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, ejusdem gradus personis accrescit, vel, si nemo sit, deinceps ceteris perinde bonorum possessionem ex successorio edicto pollicetur, ac si is qui praecedebat ex eo numero non esset.

L 1 § 10 D de succ. ed. 38. 9 (Ulpian): Quibus ex edicto bonorum possessio dari potest, si quis eorum aut dari sibi noluerit aut in diebus statutis non admiserit, tunc ceteris bonorum possessio perinde competit, ac si prior ex eo numero non fuerit.

Ulpian. XXVIII. 11: Qui omnes intra id tempus si non petierint bonorum possessionem, sequens gradus admittitur, perinde atque si superiores non essent.

Die Worte der ersten Stelle »omnes hereditates — delatae« scheinen allerdings auf den ersten Blick die *Fitting*'sche Lehre zu bestättigen. Allein sie finden ihre Begrenzung in dem, was unmittelbar folgt: »et eo modo ad illas personas perveniant.« Das Präsens »perveniant« lässt darüber keinen Zweifel, dass die dem infans deferirt

14) Die von *Fitting* besonders betonten Worte sind auch hier gesperrt gedruckt.

gewesene Erbschaft im Zeitpunkte des Wegfalls des infans an die nach ihm berufenen Personen gelangt, dass nicht alles so angesehen wird, als ob der weggefallene infans von Anfang an nicht vorhanden gewesen wäre.

Dem »perveniant« der L 18 § 3 cit. entsprechen die Worte »deinceps ceteris perinde bonorum possessionem ex successorio edicto pollicetur« im § 5 J cit.; »tum ceteris bonorum possessio perinde competit« in L 1 § 10 cit.; »sequens gradus admittitur« bei Ulpian l. c.

Sämmtliche Stellen wollen nur sagen, dass nach Wegfall des oder der Delaten successio Platz greife, es soll dann eine neue Delation eintreten, als ob die Weggefallenen von Anfang an nicht vorhanden gewesen wären; diese neue Delation findet aber statt im Zeitpunkt des Wegfalls der Delaten.

7. *Fitting* behauptet, dass aus der von ihm festgestellten Regel in Verbindung mit einigen anderen feststehenden Rechtsgrundsätzen von selbst nicht allein die Nothwendigkeit, sondern auch die ganze Theorie des Anwachsungsrechtes sich ergebe und zwar sowohl für die testamentarische als für die Intestaterbfolge.

Mit Unrecht. Zwar ist *Fitting* beizupflichten, wenn er der gewöhnlichen Lehre entgegentritt, wornach das Anwachsungsrecht der Miterben ein blosses jus non decrescendi sein, seinen Grund darin haben soll, dass im Falle der Delation der Erbschaft an Mehrere jedem das Ganze deferirt sei[15]) und nur durch das wirkliche Erbewerden Mehrerer sich eine Theilung ergebe[16]). Ebenso wenig ist

15) Was Jemandem deferirt ist, das muss er auch erwerben können, denn: delata hereditas intellegitur, quam quis adeundo possit consequi — L 151 de V. S. 50. 16. — Darnach müsste, wenn bei einer Mehrheit von Delaten jedem das Ganze deferirt wäre, jeder auch das Ganze erwerben können. Allein: uni duo pro solido heredes esse non possunt. L 141 D de reg. jur. 50. 17.

16) Sehr gut wendet *Fitting* S. 152 gegen die herrschende Lehre ein, dass darnach mehrere Miterben stets und unbedingt nur völlig

es aber richtig, dass das römische Recht nachher, wenn einer von mehreren Delaten ausfällt, fingirt, derselbe sei von Anfang an nicht vorhanden gewesen.

Die Quellen sprechen durchweg von adcrescere; sie sagen z. B., wenn nach Dritteln deferirt war und einer der Delaten ausfällt: »tunc duo semisses fiunt« — L 12 pr. de B. P. contra tab. 37. 4. — Diese Ausdrucksweise verträgt sich aber weder mit der einen noch mit der andern Ansicht.

Gegen die eine wie gegen die andere Auffassung ergibt sich sodann ein geschichtlicher Beweis aus der Lex Julia et Papia Poppaea. Dieses Gesetz, welches in das bisherige Accrescenzrecht bedeutend eingriff, machte einen beträchtlichen Unterschied zwischen dem was »pro non scripto« angesehen wurde und dem caducum. In Betreff des Ersteren wurde das alte Anwachsungsrecht beibehalten, wohingegen für die cadukwerdende Portion regelmässig statt Anwachsung caducorum vindicatio Platz greifen sollte. Es wurde aber im Allgemeinen »pro non scripto« alles dasjenige angesehen, was sogleich bei der Errichtung nichtig war, namentlich das, was Jemandem, mit dem man keine testamenti factio hatte, hinterlassen war[17]); als caducum im weiteren Sinne aber galt alles, was aus einem Testamente nicht erworben wurde, sei es wegen Incapacität des Bedachten, sei es wegen anderweitiger Erfolglosigkeit einer letztwilligen Verfügung, die entweder nach dem Tode des Testators eintritt — caducum i. e. S. — oder noch bei Lebzeiten desselben — in caussa caduci.

gleiche Erbtheile erhalten könnten. »Denn, wenn jeder zunächst auf die ganze Erbschaft berufen ist, und Theile bloss dadurch entstehen, dass neben ihm noch Andere mit gleichem Anspruche vorhanden sind, so folgt mit logischer und mathematischer Nothwendigkeit, dass die wechselseitige Beschränkung dieser gleichen Kräfte niemals eine andere als eine gleiche und gleichmässige sein kann.«

17) Vgl. *Vangerow* Pand. Bd. II § 429. II. S. übrigens auch unten Note 37.

Würde nun das Anwachsungsrecht ein jus non decrescendi sein oder wäre ein weggefallener Delat rückwärts als nicht vorhanden zu betrachten, so könnte von einem caducum im Sinne der Papischen Gesetzgebung keine Rede sein. Im ersten Falle wäre zu sagen, dass in Folge des Wegfalles eines Delaten nichts vakant sei, in letzterem Falle müsste die Honorirung des Delaten als von Anfang an ungültig geschehen, im Sinne des Papischen Gesetzes als nicht geschrieben angesehen werden.

8. Weitere Beweise gegen die eine wie gegen die andere Auffassung enthalten folgende Stellen:

L 2 D si pars her. pet. 5. 4 (Gajus): Si ex pluribus ad quos eadem hereditas pertinet, quidam adierint, quidam adhuc deliberent: eos qui adierint, si petant hereditatem, non majorem partem petere debere, quam habituri essent ceteris adeuntibus, nec iis proderit, si ceteri non adierint. Non adeuntibus autem ceteris poterunt tunc partes eorum petere, si modo ad eos pertinerent.

L 25 D de solut. 46. 3 (Pomponius): Ex parte heres institutus si decem, quae defunctus promiserat, tota solvit, pro parte quidem qua heres est liberabitur pro parte autem reliqua ea condicet. Sed si antequam condicat, ei accreverit reliqua pars hereditatis, etiam pro ea parte erit obligatus et ideo condicenti indebitum doli mali exceptionem obstare existimo.

L 44 § 2 inf. D de bon. libert. 38. 2 (Paulus): Si ex bonis, quae mortis tempore fuerunt, debitam partem dedit libertus in hereditate vel (*scr.* et) legato, servus tamen post mortem liberti reversus ab hostibus augeat patrimonium, non potest patronus propterea queri, quod minus habeat in servo quam haberet, si ex debita portione esset institutus. Idem est in alluvione, quum sit satisfactum ex his bonis, quae mortis tempore fuerunt. Idem est et si pars legati liberto relicti ab (*scr.* abstinente)

eo, cui simul datum erat, vel hereditatis, nunc illis (*scr.* aliis) abstinentibus accrescat[18]).

Angesichts dieser (und anderer später[19]) zu betrachtenden) Stellen muss anerkannt werden, dass nach römischem Recht die Portion des weggefallenen Delaten auch dann, wenn es zum Anwachsungsrecht kommt, neu deferirt wird. Die Miterben, welche ihre ursprüngliche Portion bereits erworben haben, oder ihre Erben, erwerben die anwachsende Portion ipso jure, allein erst im Zeitpunkt des Wegfalls des Mitdelaten.

Nach der einen, wie nach der anderen der von uns hier bekämpften Lehren müsste zugegeben werden, dass in L 2 cit. die Erben, welche angetreten hatten, die ganze Erbschaft in Anspruch nehmen konnten, ohne sich einer Zuvielforderung schuldig zu machen; nach der ersteren, weil ihnen ja von vornherein die ganze Erbschaft deferirt war und sie demgemäss auch die ganze Erbschaft erwerben konnten[20]), die hinterherige Ausschlagung der übrigen Erben lediglich die Bedeutung hatte, das Nichteintreten einer Decrescenz gewiss zu machen; nach der anderen Ansicht aber, weil beim Wegfall eines oder mehrerer Delaten alles juristisch so zu behandeln ist, wie wenn dieser von vorneherein nicht vorhanden gewesen wäre. Aus denselben Gründen hat in L 25 cit. der »Theilerbe«, welcher »decem tota solvit« nicht zu viel gezahlt, weil er als »heres ex asse« von vornherein auch die Schulden ganz zu entrichten hat. Fordert er nun trotzdem einen Theil des Gezahlten als indebite gezahlt zurück,

18) Durch die oben angegebenen Conjecturen *Mommsen's* verliert die Stelle alle Schwierigkeit; von Belang ist besonders die erste. S. dazu *Arndts* Rechtslex. Bd. VIII S. 131 Note 225. Nicht befriedigend Ad. *Schmidt* »das Pflichttheilsrecht des patronus und des parens manumissor« (Heidelberg 1868) S. 65 f. Note 93 a. E.

19) S. unten § 17.

20) S. o. Note 15.

so sollte nach diesen beiden Ansichten sein Anspruch nicht bloss ope exceptionis zurückgewiesen werden, er wäre vielmehr ipso jure unbegründet, als gar nie entstanden anzusehen.

Endlich müsste wiederum aus den nemlichen zu L 2 D si pars her. pet. angeführten Gründen auch in L 44 cit. der Theil der Erbschaft, welcher dem Nachlasse des Freigelassenen in Folge Ablehnens seines Miterben vermöge Anwachsung zufällt, als bereits »mortis tempore« zu dem Vermögen des libertus gehörig behandelt und demgemäss auch der Pflichttheil des Patrons berechnet werden[21]).

9. Nach Beseitigung des Papischen Gesetzes einestheils, nach durchgängiger Zulassung der successio ordinum et graduum anderntheils, lässt sich allerdings die Regel aufstellen, dass die Portion eines weggefallenen Delaten denjenigen deferirt wird, welchen sie beim anfänglichen Nichtvorhandensein desselben gleich anfänglich deferirt worden wäre. Darnach fällt die Portion des weggefallenen Delaten nicht nothwendig an die Miterben (als solche). Bei der testamentarischen Erbfolge werden die Miterben durch den Substituten, bei der Intestaterbfolge — wie natürlich auch *Fitting* von seinem Standpunkt aus annimmt — durch die entferntergradigen Verwandten ausge-

21) Wie die dem Nachlasse zuwachsende Erbportion, so wird auch der dem Nachlasse zuwachsende Legatstheil als ein erst nach dem Tode des Freigelassenen erfolgter Erwerb behandelt. Umgekehrt wird in L 26 D. eodem entschieden, dass das erst von dem Erben des Legatars ausgeschlagene Legat, wenn es sich um die Berechnung des Pflichttheils oder der Falcidischen Quart aus dem Nachlasse des Legatars handelt, als Bestandtheil seines Vermögens im Augenblicke seines Todes anzusehen sei. Vgl. *Schmidt* a. a. O. S. 70 Note 114. Die beiden Stellen beweisen, dass die für den Fall des Ausschlagens eines Legats in L 34—L 36 D ad leg. Aqu. 9. 2 (vergl. auch L 38 § 1, L 44 § 1, L 80 § 2 D de leg. I) statuirte Rückziehung nicht in allen Richtungen Platz greift.

schlossen, welche beim anfänglichen Nichtvorhandensein des weggefallenen Delaten gleich anfänglich neben den verbliebenen Delaten zur Erbfolge gerufen gewesen wären.

Ferner ergibt sich nach obiger Regel, ohne dass es nöthig ist, auf die *Fitting*'sche Fiction zu rekurriren, von selbst, dass da, wo es zum Anwachsungsrecht kommt, doch nicht immer allen Miterben accrescirt.

So nicht, wenn einer von mehreren (nicht bloss verbis) »conjuncti« oder einer von den zu demselben Stamm oder zu derselben Linie gehörenden Erben vor dem Erbschaftsantritt wegfällt.

So insbesondere auch nicht in dem Falle der von *Fitting* für sich angerufenen, aber die von ihm behauptete Fiction nicht beweisenden

> L 5 § 2 D si tab. test. null. 38. 6 (Pompon.): Si filius emancipatus non petierit bonorum possessionem, ita integra sunt omnia nepotibus, atque si filius non fuisset.

Diese Stelle spricht von dem Accrescenzrecht auf Grund der »clausula Juliani de conjungendis cum emancipato liberis ejus«. Diese Clausel Julians, eine Verquickung des alten Civilrechts mit dem prätorischen Rechte [22]), bestimmte, dass die in der Gewalt ihres Grossvaters zurückbehaltenen Enkel aus einem emancipirten Sohne mit diesem zusammen einen Hauptttheil erhalten, wovon die eine Hälfte den Enkeln, die andere deren Vater zukommen soll. Fällt nun nach der Delation und vor

22) Nach Civilrecht waren die emancipati von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen. Das prätorische Edict rief in seiner ersten Klasse »unde liberi« die »sui« sowohl als die »emancipati«. Hatte nun der Hausvater blos den Sohn emancipirt, die aus diesem vorhandenen Enkel dagegen in seiner Gewalt zurückbehalten, so gebührte nach Civilrecht den Enkeln als »sui« des Grossvaters allein der Theil, welcher ihrem Vater zustand, wenn dieser noch in väterlicher Gewalt gewesen; nach prätorischem Rechte hingegen gebührte dieser Theil zunächst nur dem Emancipirten, als ob er nicht emancipirt worden wäre.

dem Erwerb der Ascendent weg, so wächst nun nach dessen Wegfall sein Theil seinen, in grossväterlicher Gewalt befindlich gewesenen Descendenten ausschliesslich zu, nicht vermöge einer Fiction, wie sie *Fitting* aufstellt, sondern desswegen, weil die Descendenten als mit ihrem Ascendenten zu einem Stamme gehörig, dessen Theil gleich anfänglich allein erhalten hätten, wenn dieser von Anfang an nicht dagewesen wäre; die Worte »atque si filius non fuisset« sagen also nicht, dass nach dem Wegfall des emancipatus vor dem Erwerb alles juristisch zu behandeln sei, wie wenn er von Anfang an nicht vorhanden gewesen wäre, sondern nur, dass die Kinder, welche den Theil ihres emancipirten Vaters gleich anfangs erhalten hätten, wenn dieser nicht vorhanden gewesen wäre, ihn auch haben sollen, wenn ihr Vater zwar anfänglich vorhanden ist, aber später vor dem Erwerb wegfällt, sie sagen nicht, dass den Enkeln der Theil ihres Vaters von Anfang an gebührte, sondern dass er ihnen allein gebührt, was der von *Fitting* nicht mehr angeführte Schlusssatz unserer lex ausdrücklich hervorhebt:

> »ut quod filius habiturus esset petita bonorum possessione, hoc nepotibus ex eo solis non etiam reliquis adcrescat« [23]).

23) Auch hier haben wir das Präsens »adcrescat.« Man muss sich wundern, dass *Fitting* diese Stelle benützt, um aus ihr ein Argument für seine Fiction zu ziehen. Nicht der Unterschied zwischen den beiden Momenten des Todes des Erblassers und des Wegfalls eines Delaten ist dieser Stelle das Wesentliche, sondern die Frage: Wem accrescirt, den Enkeln allein, oder auch den übrigen Miterben? Indem Pomponius diese Frage entscheidet, greift er nicht zur Fiction *Fitting's*, sondern zu dem sehr greifbaren Grund: Die Kinder hätten ja diesen Theil ihres Vaters gleich erhalten, wenn dieser vorneherein nicht vorhanden gewesen wäre. Nicht dafür, warum Accrescenz überhaupt stattfindet, sondern warum in dem concreten Fall den Enkeln der Theil ihres wegfallenden Vaters allein anwächst,

Möglicherweise kömmt es bezüglich einer vacanten Portion theilweise zur successio graduum, theilweise zum Anwachsungsrecht. Man setze, dass die Erbschaft ab intestato deferirt ist den Eltern und einem Bruder des Erblassers, und dass die beiden Eltern gleichzeitig vor dem Antritt versterben, dass aber noch ein Ascendent zweiten Grades vorhanden ist. Der letzte wird die successio graduum für sich geltend machen, aber nur die Hälfte der Erbschaft beanspruchen können; der Bruder wird durch Accrescenz $^1/_6$ zu seinem ursprünglichen Drittel hinzuerlangen [24]). Vom Standpunkt *Fitting's* aus würde sich in diesem Falle keine andere Entscheidung ergeben [25]).

Es muss aber beanstandet werden, wenn *Fitting* lehrt, dass nach Wegfall eines Delaten sich stets der ganze Nachlass so vertheile, als ob der weggefallene Delat niemals vorhanden gewesen wäre. Darnach könnte es sich ergeben, dass die Portion eines Miterben kleiner wird; so in dem oben § 1 Ziffer 1 angeführten Falle, wenn anzunehmen, dass dem Bruder deferirt war: die Nichte würde statt $^1/_3$ nur $^1/_4$ erhalten.

bietet diese Stelle den Grund. Auch *Mayer* steht ganz auf dem Standpunkt *Fitting's*, wenn er in seiner Schrift »das Recht der Anwachsung« (1835) S. 246 ff. aus unserer L 5 § 2 die Folgerung zieht, dass »ausgeschiedene Erben gerade so behandelt werden, als wären sie gar nicht vorhanden, und die übrigen Betheiligten, wie wenn sie ursprünglich allein dagewesen wären«. Dem ist entgegenzuhalten: Wären »die übrigen Betheiligten in der That so zu behandeln, wie wenn sie ursprünglich allein dagewesen wären«, dann wäre es auch so anzusehen, als ob ihnen ursprünglich allein deferirt gewesen wäre, was weder in L 5 § 2 cit. noch in einer andern Stelle auch nur annähernd bestätigt wird.

24) Vorausgesetzt ist natürlich, dass kein Transmissionsfall gegeben ist.

25) Diejenigen, welche beim Vorhandensein von Miterben die successio graduum schlechthin verwerfen, müssen natürlich die ganze Erbschaft dem Bruder zuweisen. Es ist aber auch die Ansicht vertreten, dass in einem Falle, wie der obige, nur successio graduum, nicht Anwachsungsrecht Platz greife. Vergl. *Leonhard* a. a. O. § 4.

Diese Ansicht muss aber entschieden als unrichtig bezeichnet werden. Die L 2 C ad SC. Orph. 6. 57 bietet für sie keinen Anhaltspunkt; sie sagt lediglich, dass es bei der mütterlichen Erbschaft, anders wie bei der väterlichen, keinen Erwerb ipso jure gebe, und dass also darum bei der Vertheilung nicht auf die Kinder Rücksicht zu nehmen sei, welche im Augenblicke des Todes der Mutter lebten, sondern nur auf diejenigen, welche die Erbschaft wirklich erwerben [26]). Was sodann die L 4 D si pars hered. pet. 5. 4 anlangt, so ist es richtig, dass hier für einen besondern Fall eine nachträgliche Decreszenz statuirt wird; aber der Fall ist nicht der, dass einer von mehreren Delaten ausfällt, ohne erworben zu haben, sondern der, dass wider Erwarten die Zahl der nach dem Tode des Erblassers (von derselben Frau) geborenen Miterben mehr als drei beträgt [27]). Der Schluss von diesem Falle auf den Fall des Nichterbewerdens eines von mehreren Delaten muss als ein durchaus unzulässiger bezeichnet werden. Aber auch der herrschenden Lehre ist nicht beizupflichten, wornach in dem in § 1 unter Ziffer 1 angeführten Falle, wenn anzunehmen, dass dem Bruder deferirt war, nach Wegfall desselben der ganze Nachlass einfach nach Stämmen zu vertheilen wäre [28]). Das Richtige dürfte vielmehr sein, die Portion des ausgefallenen Bruders C ausschliessend den Neffen D, E und F zuzuweisen, weil nur diese durch die anfängliche Concurrenz beschränkt waren. Darnach würde das Resultat sein, dass von D, E und F jeder $^2/_9$, die Nichte G dagegen $^1/_3$ der Erbschaft erhielte.

10. Schwierigkeit entsteht für die hier vertretene Ansicht, dass auch die anwachsende Portion neu deferirt werde, nur durch den Rechtssatz, dass Accrescenz auch in der

26) *Vangerow* Lehrb. d. Pand. § 421 a. E.

27) S. im übrigen über L 3 und 4 D si pars her. pet. unten § 17.

28) S. oben Note 2.

Person der Erbeserben stattfindet. Indessen lässt sich dieser Satz doch erklären, ohne dass man genöthigt ist, das Anwachsungsrecht als blosses jus non decrescendi aufzufassen oder die *Fitting*'sche Fiction zu Hülfe zu nehmen.

Durch die von *Fitting* behauptete Fiction wäre, auch wenn sie sich aus dem römischen Rechte nachweisen liesse, das Anwachsungsrecht überhaupt und insbesondere das der Erbeserben nur formal erklärt, indem die Frage übrig bliebe, warum denn das römische Recht nach Ausfall eines Delaten alles so betrachtet wissen will, als ob er von Anfang an nicht vorhanden gewesen wäre. Fictionen, auch wenn sie der Gesetzgeber statuirt, sind niemals der Grund von Rechtssätzen, sondern nur das Mittel der Zusammenfassung einer Mehrheit von Rechtssätzen in einem Rechtssatze.

Bei testamentarischer Erbfolge ist der Grund, aus dem den Erbeserben accrescirt, überall derselbe, wie der, aus welchem überhaupt accrescirt. Bei Ausfall eines von mehreren sachlich verbundenen Erben ist dies die Rücksicht auf den Willen des Erblassers. Das besagt, richtig aufgefasst L 80 D de leg. III:

> Conjunctim heredes institui, aut conjunctim legari hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri.

Indem der Erblasser zwei Erben auf die ganze Erbschaft oder die nämliche Erbportion ernennt, kann es allerdings nicht sein Wille sein, dass jedem auch in Concurrenz des andern die ganze Erbschaft deferirt werde; aber es kann und muss als sein Wille angesehen werden, dass im Falle des Nichterwerbs des einen der andere das Ganze erhalte, als ob er allein darauf eingesetzt sei.

Diesen Willen hat die Lex Julia et Papia Poppaea bei anfänglicher Gültigkeit der beiden Erbeinsetzungen regelmässig nicht respektirt, indem sie bei hinterherigem Wegfall eines der sachlich verbundenen Erben caducorum vin-

dicatio eintreten liess. Dagegen ist jener Wille im vorpapischen und im justinianischen Recht insoweit respektirt, als im vorausgesetzten Falle der Antheil des ausgefallenen Erben lediglich dem Antheil des sachlich verbundenen Erben accrescirt und zwar auch dann, wenn letzterer bereits todt ist. Es ist aber jener Wille des Erblassers weder im älteren noch im neueren römischen Rechte in dem Masse respektirt, dass nach Ausfall eines von mehreren sachlich verbundenen Erben alles so betrachtet würde, als ob der Ausgefallene niemals vorhanden gewesen wäre. Insbesondere wird, wenn die Accrescenz nach dem Tode des Miterben eintritt, die accrescirende Portion nicht als im Zeitpunkte seines Todes in seinem Vermögen befindlich angesehen. Dies beweist die oben besprochene L 44 in f. D de bon. lib. 38. 2.[28a])

Abgesehen von dem bisher besprochenen Falle liegt bei testamentarischer Erbfolge der Grund des Accrescenzrechts überhaupt und des Accrescenzrechts der Erbeserben insbesondere in dem selbstverständlichen Princip, dass Niemand zum Theil unbeerbt bleiben kann[29]), in Verbindung mit der Regel: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, welche die Delation der vacant gewordenen Portion an die Intestaterben ausschliesst.

In den Fällen, in welchen es bei der gesetzlichen Erbfolge zur Anwachsung an die Miterben kömmt, hat dieselbe ihren Grund darin, dass letztere durch das Gesetz auch auf die jetzt vacant gewordene Portion von Anfang an berufen gewesen wären, wenn der ausgefallene Delat schon anfänglich nicht vorhanden gewesen sein würde.

28a) Dass die Stelle auch auf den Fall der Accrescenz des Erbtheiles eines conjunctus zu beziehen sei, kann nicht zweifelhaft sein, zumal bei dem Umstande, dass zugleich von dem Ausschlagen eines Collegatars die Rede ist.

29) *Brinz* Pand. Aufl. 1 Bd. 2 S. 831. S. jedoch auch *Windscheid* § 604 Not. 6, *Kuntze* Curs. der Instit. Bd. 2 S. 568 ff.

Dass aber auch den Erbeserben accrescirt, beruht auf dem vorerwähnten Princip, dass Niemand zum Theil unbeerbt bleiben kann.

11. Einen Fall, in welchem Accrescenz zu Gunsten der Erbeserben stattfindet, enthält u. a. L 59 (60) § 7 D de her. inst. 28. 5:

> Si Attius Titium et Maevium et Sejum aequis partibus heredes instituit, Titius interim solus adiit hereditatem et Sejum heredem instituit, poterit Sejus Titii adire hereditatem, Attii vel adire vel omittere. sed Attio, antequam adeat vel omittat ejus hereditatem, ex semisse heres erit. si adierit Sejus Attii hereditatem, Titius ex triente dumtaxat heres erit et per hereditatem Titii triens dumtaxat ad Sejum perveniet, alterum trientem ex sua institutione habebit . . .

Auf diese Stelle legt *Fitting* besonderes Gewicht. Es berufen sich aber darauf auch solche, die das Anwachsungsrecht als blosses jus non decrescendi ansehen [30]). Indess ist Folgendes zu erwägen:

Indem entschieden ist, dass, wenn Sejus ex testamento Attii antrete, sein Miterbe und nunmehriger Erblasser Titius nur zu einem Drittel Erbe des Attius sein werde, ist keineswegs implicite gesagt, dass, wenn Sejus als Erbe des Attius ausschlage, der inzwischen verstorbene Titius Erbe des Attius zur Hälfte gewesen sei, oder dass es jetzt rückwärts so angesehen werden müsse, als ob Titius Erbe des Attius zur Hälfte geworden wäre. Nichts in der Stelle verbietet anzunehmen, dass, wenn Sejus als Erbe des Attius ausschlägt, er zwar die Hälfte der Erbschaft des Attius, die er im Augenblicke des Erwerbs der Erbschaft des Titius überkommen hat, lediglich in seiner Eigenschaft als Erbe des Titius habe, aber nur ein Drittel der Erbschaft des Attius als etwas, was bereits von Titius erworben war,

30) S. z. B. *Windscheid* § 603 Note 4.

das weitere Sechstel dagegen als etwas, was zum ersten Male von ihm, dem Sejus, im Augenblicke des Erwerbs der Erbschaft des Titius erworben worden ist.

12. *Fitting* beruft sich noch auf L 122 § 1 D de leg. I, wo *Paulus* sagt:

> »Lucius Titius et Gajus Sejus Publio Maevio decem dare damnas sunto.« Gajus Sejus heres non exstitit. Sabinus ait, Titium solum legatum debiturum: nam Sejum pro non scripto habendum esse. haec sententia vera est, hoc est Titius tota decem debebit.

Gajus Sejus soll nach *Fitting's* Ansicht gültig zum Erben eingesetzt gewesen und hinterher weggefallen sein. Der Ausspruch des Sabinus: »Sejum pro non scripto habendum esse« wird von *Fitting* dahin verstanden, dass Sejus als nicht zum Erben eingesetzt zu betrachten sei.

Dass Gajus Sejus, wenn er gültig eingesetzt war, nach dem Rechte des Papischen Gesetzes nicht pro non scripto erachtet werden konnte, erkennt *Fitting* an, aber er unterstellt, dass Sabinus vor dem Papischen Gesetze geschrieben habe. Paulus, bemerkt er, billige nur die Entscheidung des Sabinus: »Titium solum legatum debiturum,« nicht die in den Worten: »nam Sejum pro non scripto habendum esse« liegende, seit dem Papischen Gesetze nicht richtige Begründung derselben.

Allein gesetzt auch, dass hierin *Fitting* beizupflichten wäre, so ist damit die Schwierigkeit, welche die Stelle bereitet, wenn man bei den Worten: nam Sejum pro non scripto habendum esse, an die Honorirung des Sejus denkt, nicht gehoben. Die Regel des alten Rechtes war, dass Legate, welche einem von mehreren Erben namentlich auferlegt waren, von den Miterben, denen die Erbportion des Belasteten accrescirte, nicht zu entrichten waren [31]).

---

31) L 29 § 1 § 2 D de leg. II (Celsus): Quod alicujus heredis nominatim fidei committitur, potest videri ita demum dari voluisse, si ille exstitisset heres. (§ 2) Si filio heredi pars

Wenn nun Sabinus in dem Falle der L 122 § 1 cit. entscheidet, dass Titius dasjenige, womit er und Sejus belastet waren, vollständig zu entrichten habe, so beruht diese Entscheidung, wenn sie nicht aus dem Grundsatze des Papischen Gesetzes: Caduca cum suo onere fiunt[32]) zu erklären ist, wohl darauf, dass in dem fraglichen Falle Titius und Sejus nicht mit gesonderten Legaten belastet waren, sondern gemeinschaftlich mit einem einzigen Legate. Auf dieses Moment konnte aber Sabinus nicht dadurch hinweisen, dass er sagte, Sejus sei als nicht zum Erben eingesetzt zu erachten. Wohl aber konnte er den ihn bestimmenden Grund dadurch andeuten, dass er sagte, Sejus sei bei der Legatsanordnung nicht als geschrieben, nicht als mitbelastet anzusehen. Da Titius und Sejus nicht mit gesonderten Legaten belastet waren, sondern gemeinschaftlich mit einem Legate von 10, so gelangte man, wenn man sich aus der Legatsanordnung den Namen des Gajus Sejus wegdachte (und folgeweise statt sunto setzte esto), zu dem Ergebnisse, dass Titius die vollen 10 zu bezahlen habe.

Für diese Auslegung der Worte: »nam Sejum pro non scripto habendum esse« spricht noch die Erwägung, dass es das nächstliegende ist, dieselben auf die Verfügung zu beziehen, deren Wortlaut in der Stelle mitgetheilt ist; das ist aber die Legatsanordnung und nicht die Erbeseinsetzung.

Der Umstand, dass Titius und Sejus gemeinschaftlich mit demselben Legate belastet waren, konnte aber, falls Sejus überhaupt zum Erben eingesetzt war, die Verpflichtung des Titius zur Entrichtung des ganzen Legats nur dann begründen wenn Titius die Erbportion des Gajus Sejus über-

ejus, a quo nominatim legatum est, adcrescit, non praestabit legatum, quod jure antiquo capit.

32) Ulpian XVII. 3.

kam[33]). Da nun davon in der Stelle nichts vorkömmt, so ist man allerdings versucht, mit *Mayer*[34]) anzunehmen, dass in dem Falle der L. 122 § 1 Gajus Sejus überhaupt nicht zum Erben eingesetzt war. Die Stelle würde hiernach denselben Fall, den Pomponius im ersten Satze der L 16 § 1 cit.[35]) behandelt, und zwar in übereinstimmender Weise entscheiden.

Die Worte »Gajus Sejus heres non extitit« sind freilich, wie zuzugeben, der Annahme *Mayer's* nicht günstig. Auch sprechen dagegen die Basiliken (XLIV. 1 fr. 115).

Nimmt man an, dass Gajus Sejus zum Erben eingesetzt war, so musste nach dem Rechte zur Zeit des Paulus Titius, falls er die Portion des Sejus nach dem Papischen Gesetze oder zufolge Anwachsungsrechtes überkam, für verpflichtet erachtet werden, die vollen 10 an Maevius zu zahlen, auch wenn Titius und Sejus gesondert beauftragt gewesen wären, je 5 zu zahlen. Denn nach dem Papischen Gesetze galt der Grundsatz: »Caduca cum suo onere fiunt«, und in Folge von Rescripten von Sever war zur Zeit des Paulus anerkannt, dass auch der Erbe, auf den im Wege des Accrescenz-Rechts eine Erbportion überging, die Legate, womit der ausgefallene Erbe belastet war, zu entrichten habe[36]). Es würde sich hiernach begreifen, wenn Paulus Bedenken getragen haben sollte, die Begründung des Ausspruches des Sabinus sich anzueignen. Wenn Gajus Sejus zum Erben eingesetzt war, so war der Umstand, den Sabinus in den Worten: »nam Sejum pro non scripto habendum esse« als den die Entscheidung recht-

33) L 16 § 1 D de leg. I (Pompon.): . . . nam et si duos ex heredibus suis nominatim quis damnasset et alter hereditatem non adisset, qui adisset totum deberet, si pars ejus qui non adisset ad eum qui adisset pervenerit.

34) »Das Recht der Anwachsung« (1835) S. 77 ff.

35) L 16 § 1 D de leg. I: Heres adjecto ei nomine cujusdam, qui non heres sit, dare damnatus totum legatum debet: . . .

36) L 61 § 1 D de leg. II.

fertigenden andeutet, nach dem Rechte zur Zeit des Paulus von keiner Erheblichkeit.

Indessen braucht die Bedeutung der Schlussworte der Stelle: »hoc est Titius tota decem debebit« nicht gerade darin erblickt zu werden, dass Paulus damit sagen will, er billige nur die Entscheidung des Sabinus, nicht auch ihre Begründung. Die Bedeutung der Schlussworte kann auch darin liegen, gegenüber dem Ausspruche des Sabinus: »Titium solum legatum debiturum« ausser Zweifel zu stellen, dass Titius nicht blos allein, sondern auch für die vollen 10 haften müsse.

Wenn die vorstehende Auslegung der L 122 § 1 richtig ist, so ist es klar, dass sie einen Beweisgrund für *Fitting* nicht abzugeben vermag.

13. Unverkennbar auf Grund der vorstehend behandelten L 122 § 1 de leg. I lehrt *Fitting* S. 156:

> dass bei der testamentarischen Erbfolge alles so zu behandeln sei, wie wenn der Erbtheil des Weggefallenen von Anfang an gar nicht vergeben gewesen wäre.

Dass hierin eine Erweiterung [37]) und zwar eine jedenfalls nicht haltbare Erweiterung der ursprünglichen Thesis *Fitting's* liegt, ergibt sich aus folgenden Stellen:

> a) L 17 § 1, 2 D de her. inst. 28. 5 (Ulpianus): Unde idem tractat, si duos ex undecim, duos sine parte scripsit, mox unus ex his, qui sine parte fuerunt, repudiaverit, utrum omnibus semuncia an ad solum sine parte scriptum pertineat: et variat. Sed Servius om-

37) Allerdings nicht eine Erweiterung im Sinne des Papischen Gesetzes, wornach pro non scripto alles dasjenige erachtet wurde, was anfänglich ungültig, namentlich also, was einer schon zur Zeit der Testamentserrichtung nicht vorhandenen Person hinterlassen war, vergl. L 4 D de his quae pro non scriptis habentur 34. 8 (Ulpian. libr. 13 ad leg. Jul. et Pap. Popp.); ebenso das anfänglich gültig Hinterlassene, sofern die Verfügung aus einem dem vorpapischen jus civile ausschliessend angehörenden Grunde hinterher ihre Gültigkeit verloren hatte, vergl. L 3 § 2 D eod. Ulp. fr. XVII. 1. S. im Uebrigen oben § 7.

nibus accrescere ait, quam sententiam veriorem puto: nam quantum ad jus adcrescendi non sunt conjuncti, qui sine parte instituuntur: quod et Celsus libro sexto decimo digestorum probat. (§ 2.) Idemque putat et si expleto asse duos sine parte heredes scripserit, neque hos neque illos conjunctos.

L 63 (64) D eod. (Javolen.): Heredes sine partibus utrum conjunctim, an separatim scribantur, hoc interest, quod, si quis ex conjunctis decessit, non ad omnes, sed ad reliquos qui conjuncti erant pertinet, sin autem ex separatis, ad omnes, qui testamento eodem scripti sunt heredes, portio ejus pertinet.

Ob sich diese zwei Stellen vollständig vereinigen lassen, ist eine hier nicht zu erörternde Frage [38]). Nach beiden Stellen kann aber darüber kein Zweifel sein, dass, wenn es im Testamente heisst:

A sei mein Erbe auf $^{11}/_{12}$, B sei mein Erbe, C sei mein Erbe, —

und C ausfällt, ohne erworben zu haben, das Vierundzwanzigstel, was er bekommen hätte, dem B und dem A im Verhältniss von 1 zu 22 accrescirt, während es doch, wenn C als nicht eingesetzt — nicht blos als schon zur Zeit der Testamentserrichtung nicht vorhanden — zu betrachten wäre, ausschliessend dem B zukommen müsste.

b) L 20 § 1 eod. (Paul.): Si jam mortuo quadrans, alii dodrans datus sit et alius sine parte scriptus sit, Labeo eum, qui sine parte heres institutus sit, alterum assem habiturum et hanc mentem esse testantis: quod et Julianus probat et verum est.

Wäre die Erbeinsetzung des zur Zeit der Testamentserrichtung bereits Verstorbenen als gar nicht erfolgt anzusehen, so müsste der auf $^{3}/_{4}$ Eingesetzte diese $^{3}/_{4}$ und der

38) Vgl. *Vangerow* Lehrb. d. Pand. § 496 Anm. 3 Nr. IV, *Windscheid* Lehrb. der Pand. § 604 Note 4.

ohne Theilbestimmung ernannte Erbe den Rest von $^1/_4$ erhalten [39]), während Labeo, Julian und Paulus dem letztern unter Berufung auf den präsumtiven Willen des Testators als ursprüngliche Erbportion alterum assem d. i. die Hälfte der Erbschaft zuweisen.

Die Stelle handelt allerdings nicht von dem Falle, wenn ein gültig eingesetzter Erbe hinterher weggefallen ist; aber es ist einleuchtend, dass, wenn sogar ein zur Zeit der Erbeinsetzung bereits Verstorbener nicht als nicht eingesetzt angesehen werden darf, um so weniger es statthaft ist, die Erbeinsetzung eines solchen, der gültig eingesetzt, vor dem Erwerbe aber weggefallen ist, als nicht erfolgt zu betrachten.

Nur in dem Falle, wenn einer von mehreren heredes conjuncti anfänglich ungültig eingesetzt oder hinterher weggefallen ist, muss es als Wille des Erblassers angenommen werden, dass der Nichterbegewordene, was die Erbfolge anlangt, als nicht eingesetzt erachtet werde. L 20 § 2 D eod. Dass aber dieser Wille bei erst hinterheriger Vereitelung der Erbeinsetzung vom Rechte nicht in allen Richtungen respectirt wird, ist bereits früher (§ 10) hervorgehoben worden.

Zudem kann ein solcher Wille des Erblassers gar nicht angenommen werden, so weit es sich um ein Vermächtniss handelt, welches dem ungultig eingesetzten oder vor dem Erwerb weggefallenen conjunctus namentlich und ausschliessend [40]) auferlegt ist.

Man setze, dass in einem Testamente bestimmt ist:

> Meine Erben seien auf die eine Hälfte A und B, auf die andere Hälfte C; dem A trage ich auf, an D 100 zu zahlen.

Sicherlich muss es als Wille des Testators angesehen

39) L 17 pr., L 77, 78 § 2 D eod., § 6 Inst. eod. 2. 14.
40) Vgl. § 12.

werden, dass wenn A nicht Erbe werden sollte, B, der in Folge davon die Erbportion des A überkömmt, auch das dem A auferlegte Vermächtniss entrichte, und dieser Wille des Testators hat, wenigstens nach neuestem Rechte, rechtliche Wirksamkeit, gleichviel ob A gültig eingesetzt war und nur hinterher weggefallen, oder ob seine Einsetzung von Anfang an ungültig gewesen ist [41]). Würde aber A, wenn er nicht Erbe geworden, auch in Beziehung auf das ihm auferlegte Vermächtniss als nicht zum Erben eingesetzt zu betrachten sein, so könnte eine Verpflichtung des B zur Entrichtung des Vermächtnisses nicht angenommen werden; es kann also auch nicht als Wille des Testators unterstellt werden, dass A, wenn er nicht Erbe werden würde, schlechthin in jeder Beziehung als nicht eingesetzt betrachtet werde.

14. Durch das in §§ 2—12 Ausgeführte dürfte hinlänglich dargethan sein, dass, wenn ein zur Erbschaft Berufener nicht wirklich Erbe wird, keineswegs alles juristisch so zu behandeln ist, wie wenn er von vorneherein nicht vorhanden gewesen wäre. Damit ist aber noch nicht der Beweis geliefert, dass nach eingetretener Todtgeburt des nächsten Erben von der Thatsache der Schwangerschaft nicht abgesehen werden dürfe.

Denn wenn der nächste Erbe todt geboren wird, so lässt sich nicht sagen, dass der bisherige Delat weggefallen sei: dem Kinde im Mutterleibe war gar nicht deferirt.

Zwar gilt die Regel: Nasciturus pro jam nato habetur, quoties de commodis ejus (de ipsius jure) quaeritur [42]).

41) Vgl. *Francke* Beiträge S. 120 ff.; *Windscheid* Pand. § 633 N. 25, § 644 N. 15; *Arndts* in *Glück's* Commentar Thl. 47 S. 269 ff., Pand. § 543 Anm. 2.

42) L. 7, 26 D de statu hom. 1. 5; L. 231 de V. S. 50. 16. Vergl. L. 18 D quando dies 36. 2: Is cui ita legatum est »quandoque liberos habuerit« si praegnate uxore relicta decesserit, intellegitur

Allein die Bedeutung dieser Fiction in erbrechtlicher Beziehung ist lediglich die, gegenüber dem Grundsatz, dass nur derjenige Erbe werden kann, welcher zur Todeszeit des Erblassers in rerum natura war [42a]), dem Kinde im Mutterleibe, das im Rechtssinne an sich noch nicht Mensch ist, die Möglichkeit des Erbewerdens zu wahren.

> L 3 D si pars her. pet. 5. 4 (Paul.): Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent [43]).

Wäre dem Kinde im Mutterleibe bereits deferirt, so müsste, falls es lebend und rechtsfähig geboren suus heres des Erblassers sein würde, die Erbschaft als von ihm bereits erworben angesehen werden, wovon aber das römische Recht nichts weiss [44]).

Auf der andern Seite ist Folgendes zu beachten. Wenn bei eintretendem Erbfall eine Frau mit einem Kinde in der Hoffnung ist, das, falls es bereits lebend und rechtsfähig geboren wäre, zur Erbschaft auf Grund Testaments oder als Notherbe gegen das Testament oder als Intestaterbe berufen sein würde, so findet in Wahrung der eventuellen Erbansprüche des in Aussicht stehenden Kindes bis zum Ausgang der Schwangerschaft keine Delation an diejenigen statt, welche nach dem erwarteten Kinde Anspruch auf die Erbschaft haben; an diejenigen, welche mit dem erwarteten Kinde gleiches Recht haben, wird zwar deferirt, aber es wird ihnen nicht die ganze Erbschaft de-

---

expleta condicione decessisse et legatum valere, si tamen postumus natus fuerit. L 187 D de R. I. 50. 17. S. hierüber unten § 24.

42a) L 6 in f. D de suis 38. 16; vergl. L 7, 8 pr. eod.

43) Vergl. *Windscheid* Pand. § 52 Note 5.

44) In L 64 D de her. inst. 28. 5 wird der Sklave, welcher zu der einem postumus suus vorbehaltenen Erbschaft gehört, als ein servus hereditarius behandelt. *Köppen* System des Erbrechts § 2 N. 2. Vgl. noch *Francke* Comm. über den Pand.-Tit. de her. pet. S. 137.

ferirt, sondern einstweilen nur soviel, als sie bei der Geburt von drei lebenden und rechtsfähigen Kindern bekommen würden [45]).

L 3 cit. . . . sicut apparet in jure hereditatium, in quibus qui post eum gradum sunt agnationis, quo est id quod in utero est, non admittuntur, dum incertum est, an nasci possit. ubi autem eodem gradu sunt ceteri quo et venter, tunc quae portio in suspenso esse debeat, quaesierunt ideo, quia non poterant scire quot nasci possunt: ideo nam multa de hujus modi re tam varia et incredibilia creduntur, ut fabulis adnumerentur . . .

. . . . . .

prudentissime juris auctores medietatem quandam secuti sunt, ut quod fieri non rarum admodum potest, intuerentur, id est quia fieri poterat, ut tregemini nascerentur, quartam partem superstiti filio adsignaverint: *τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δίς*, ut ait Theophrastus, *παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται.* ideoque et si unum paritura sit, non ex parte dimidia, sed ex quarta interim heres erit.

L 30 § 1 D de A. v. O. H. 29. 2 (Ulpian.): Quod dicitur: »proximus a filio heres, dum mulier praegnas est aut putatur esse, adire hereditatem non potest: sed si scit non esse praegnatem, potest« accipe proximus a ventre, qui suum heredem pariturus est. et non solum ad testatos haec verba, verum ad intestatos quoque pertinent. et in eo ventre idem

---

45) Nach jus civile wurde, wenn der erwartete suus im Testamente präterirt war, sonach die Ruption des Testaments in Aussicht stand, einstweilen Niemandem ex testamento deferirt; ab intestato konnte aber Delation nicht eintreten, so lange noch die Möglichkeit testamentarischer Erbfolge bestand. L 84 D de A. vel O. H. 29. 2. Siehe jedoch auch unten Note 64 und § 25.

accipias, qui legitimum vel consanguineum pariturus est, quoniam mortis tempore qui in utero est, quantum ad moram faciendam inferioribus et sibi locum faciendum si fuerit editus, pro jam nato habetur. idemque et per bonorum possessionem edictalem denique praetor ventrem mittit in possessionem.

L 1 § 8 D unde cognati 38. 8 (Ulpian.): Si quis proximior cognatus nasci speretur, in ea condicione est, ut dici debeat obstare eum sequentibus: sed ubi natus non est admittemus eum, qui post ventrem proximus videbatur. sed hoc ita demum erit accipiendum, si hic qui in utero esse dicitur vivo eo de cujus bonorum possessione agitur fuit conceptus, nam si post mortem, neque obstabit alii neque ipse admittetur, quia non fuit proximus cognatus ei, quo vivo nondum animax fuerit.[45a])

L 3 § 9 de suis 38. 16 (Ulpian.): Utique et ex lege duodecim tabularum ad legitimam hereditatem is qui in utero fuit admittitur, si fuerit editus. inde solet remorari insequentes sibi cognatos, quibus praefertur, si fuerit editus: inde et partem facit his, qui pari gradu sunt, utputa frater unus est et uterus, vel patrui filius unus natus et qui in utero est.

Soll nun nach eingetretener Todtgeburt von der Thatsache der Schwangerschaft abgesehen werden, so muss dies in den Gesetzen bestimmt verordnet sein.

Ohne solche Vorschrift geht es nicht an, einen thatsächlichen Zustand, der einmal bestanden und rechtliche Wirkung geäussert hat, hinterher als nicht vorhanden gewesen zu behandeln. Enthalten die Gesetze in der fraglichen Richtung sich widersprechende Aussprüche, von denen zu sagen ist, dass sie sich gegenseitig aufheben, so muss

45a) Vgl. *Glück's* Comm. Bd. 2 § 114 Note 71.

entschieden werden, dass von der Thatsache der Schwangerschaft nicht abgesehen werden dürfe.

15. Dafür, dass nach eingetretener Todtgeburt des nächsten Erben von der Thatsache der Schwangerschaft abzusehen sei, lässt sich L 129 D de V. S. 50. 16 anführen. Die Stelle lautet:

> Paulus (libro I ad legem Juliam et Papiam): Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt.

Klar scheint hier ausgesprochen zu sein, dass Todtgeborene als nicht geboren und als nicht erzeugt zu betrachten seien, dass also nach eingetretener Todtgeburt es so anzusehen sei, als ob gar keine Schwangerschaft bestanden habe. Die Stelle lautet zudem ganz allgemein. Dass sie einem Commentar ad leg. Jul. et Pap. Popp. entnommen ist, kann den Umfang ihres Geltungsgebietes nicht beschränken. Allein wenn Paulus die Fiction der Nichtschwangerschaft aufstellen wollte, warum beschränkte er sich nicht darauf zu sagen: »Qui mortui nascuntur non procreati videntur«? Es versteht sich doch von selbst, dass ein Kind, das als nicht erzeugt angesehen wird, auch als nicht geboren gelten muss. Wie kann ferner die Fiction der Nichtschwangerschaft, die Negirung der rechtlichen Wirkungen, welche die Schwangerschaft gehabt hat, daraus gefolgert werden, dass Todtgeborne »nunquam liberi appellari potuerunt«? Diese Erwägungen legen es nahe, die L 129 cit. dahin zu verstehen, dass Paulus nur sagen will:

> »Todtgeborne gelten weder als geboren noch als erzeugt[46]), d. h. sie werden weder der Frau, die sie geboren hat, noch deren Ehemann gegenüber als Kinder angesehen, entsprechend dem Sprachgebrauch des Lebens, der es ausschliesst, von Eheleuten, wenn die Frau

46) Nicht: »Todtgeborene gelten als weder geboren noch erzeugt.«

ein todtes Kind zur Welt gebracht hat, zu sagen, dass sie ein Kind bekommen haben, dass sie Eltern geworden seien.«

Diese Deutung der L 129 empfiehlt sich auch dadurch, dass sie besser zu dem uns bekannten Inhalt der Lex Jul. et Pap. Popp. und zu den dieselbe Tendenz habenden späteren Gesetzen passt, als die Auslegung, wornach die Stelle die Fiction der Nichtschwangerschaft aussprechen soll[47]).

Gesetzt aber auch, dass die letztere Auslegung als die richtige zu erachten sein sollte, so könnte doch nicht für den Fall der Todtgeburt des nächsten Erben die Fiction der Nichtschwangerschaft festgehalten werden. Denn, wie im Folgenden dargelegt werden wird, unsere Gesetze enthalten eine Reihe von Stellen, welche gegen die Fiction der Nichtschwangerschaft sprechen, und muss diesen Stellen — ganz abgesehen von dem am Ende des vorigen § Bemerkten — der Vorzug vor der L 129 cit. desshalb eingeräumt werden, weil sie speciell von dem Einfluss der Schwangerschaft auf die Erbschaftsdelation handeln[48]).

16. Zunächst ist auf die im § 14 abgedruckten Stellen zurückzuverweisen. Wäre nach erfolgter Todtgeburt des nächsten Erben von der Thatsache der Schwangerschaft abzusehen, so müsste anerkannt werden, dass, wenn der Nacherbberechtigte vor der Niederkunft in Voraussetzung der Nichtschwangerschaft angetreten hat, dies ein gültiger Act sei, wenn hinterher ein todtes Kind geboren

47) Vgl. über L 129 cit. *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. II S. 8 Note k und S. 10 Note s.

48) *Savigny* a. a. O. Bd. I S. 276 lehrt, dass, »wo zwei widersprechende Stellen den Gegensatz einer . . . allgemeinen Formel mit einer concreten Bestimmung darbieten, wir fast immer der letzteren den Vorzug zu geben haben.«

wird. Die gedachten Stellen sprechen aber schlechthin aus, dass der postumus moram (scil. insequentibus) facit, dass erst, ubi natus non est, der Nacherbberechtigte zugelassen werde. Noch mehr: in L 30 § 4 D de A. vel O. H. 29. 2 ist zwar nicht für den Fall der Todtgeburt, aber für den ihm gleichstehenden[49]) Fall der Fehlgeburt (abortus) von *Ulpian* das Gegentheil entschieden. Die Stelle lautet:

»Quid ergo si praegnas fuit, cum putaret heres non esse praegnatem et adiit, mox abortum factum est? procul dubio nihil egerit. totiens igitur ei sua praesumptio proficit, quotiens concurrit cum veritate.

Während der Schwangerschaft hat der nach dem erwarteten Kinde Erbberechtigte, die Frau für nicht schwanger haltend, den Erbschaftsantritt erklärt und ist dann eine Fehlgeburt erfolgt. Der Erbschaftsantritt wird als nichtiger Act erklärt. »Totiens igitur ei praesumptio sua proficit, quotiens concurrit cum veritate.« Wäre nach erfolgter Fehlgeburt von der Thatsache der Schwangerschaft abzusehen, so müsste vom Antretenden gesagt werden: »sua praesumptio concurrit cum eo quod habetur pro veritate,« woraus sich die Entscheidung ergäbe, dass der Erbschaftsantritt als rechtswirksamer Act zu behandeln sei.

17. Nach L 3 D si pars her. pet. 5. 4 (s. oben S. 30) wird, wie erwähnt, den neben dem venter Erbberechtigten einstweilen nur so viel deferirt, als sie im Falle der Geburt von drei lebenden und rechtsfähigen Kindern zu beanspruchen haben. Werden nun hinterher nicht drei Kinder geboren, so tritt Accrescenz ein. L 4 D eod.

Freilich ist aus L 3 cit., dann aus L 30 § 6 D de A. vel O. H. 29. 2, L 28 § 5 D de jud. 5. 1 und L 36 D de solut. 46. 3 zu ersehen, dass unter den römischen Juristen Meinungsverschiedenheit bestand. Es gab Juristen, welche

49) L 2 C de post. her. inst. vel exh. vel praeterit. 6. 29; § 1 I de exher. lib. 2. 13; *Pauli* R. S. IV. 9. § 1 § 6. S. auch *Fitting* bezw. *Waechter* im civ. Arch. Bd. 50 S. 14 ff.

die Möglichkeit, dass mehr als 3 Kinder geboren werden, berücksichtigt wissen wollten, welche folgeweise, wenn vorerst ein Erbberechtigter vorhanden war, demselben nur ein Fünftel oder ein Sechstel als Interimsquote zuwiesen. Aber auch die Meinung war vertreten, dass im fraglichen Falle der Umfang der Delation an die bereits vorhandenen Erbberechtigten sich sofort nach der vorerst freilich Niemandem bekannten Zahl der Kinder bestimme, mit denen die Frau wirklich in der Hoffnung ist. Diese letztere Meinung erklärt noch in L 30 § 6 cit.[50] Ulpian stillschweigend als die richtige. Als im Justinianischen Rechte recipirt muss wohl auf Grund der L 3 und 4 citt., L 28 § 5 cit. und L 36 cit. die Ansicht angesehen werden, wornach für die Zeit der Schwangerschaft der Umfang der Delation an die bereits vorhandenen Erbberechtigten mit Rücksicht auf die Möglichkeit einer Drillingsgeburt bestimmt wird und bestimmt bleibt, auch wenn sich hinterher zeigt, dass die Frau mit weniger als drei Kindern in der Hoffnung gewesen sei. Die L 3 cit. befasst sich ex professo und in ausführlicher Erörterung mit der Frage, wie viel vor Ausgang der Schwangerschaft dem bereits vorhandenen Erbberechtigten gebühre und entscheidet sie (gleich der L 28 § 5 cit.) dahin, dass derselbe nur zu einem Viertel Erbe sei, auch wenn die Frau nur mit einem Kinde in der Hoffnung ist. Daran reiht sich der mit L 30 § 6 streng genommen nicht vereinbare Ausspruch Ulpians in L 4 cit.: Et si pauciores fuerint nati, residuum ei pro rata adcrescere; si plures quam tres, decrescere de ea parte ex qua heres factus est[51]. Endlich ist in L 28 § 5 und L 36 cit. anerkannt, dass nach Beendigung der Schwangerschaft der Rechtszustand der Zwischenzeit nicht mit Rücksicht auf die jetzt

50) Vergl. auch L 1 § 5 D si pars her. 5. 4.

51) Unseres Erachtens der einzige Fall wirklicher Decrescenz bei der Erbfolge. Vgl. *Köppen* System des Erbrechts S. 374 Note 18.

feststehende Zahl der im Mutterleibe gewesenen Kinder bestimmt werden dürfe.

L 28 § 5 de jud. 5. 1 (Paulus): Si pater familias mortuus esset relicto uno filio et uxore praegnate, non recte filius a debitoribus partem dimidiam crediti petere potest, quamvis postea unus filius natus sit, quia poterant plures nasci: cum per rerum naturam certum fuerit unum nasci [52]). sed Sabinus, Cassius partem quartam peti debuisse, quia incertum esset, an tres nascerentur: nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, cum futura utique fierent, sed nostram inscientiam aspici debere.

L 36 D de solut. 46. 3 (Julianus): Si pater meus praegnate uxore relicta decesserit et ex causa hereditaria totum hoc, quod patri meo debitum fuisset, petissem, nihil me quidam consumpsisse existimant, si nemo natus sit [53]): recte me egisse, quia in rerum natura verum fuisset, me solum heredem fuisse. Julianus notat: verius est me eam partem perdidisse, pro qua heres fuissem, antequam certum fuisset neminem nasci, aut quartam partem quia tres nasci poterant aut sextam quia quinque etc. [54])

52) *Mommsen* schlägt vor zu lesen: quamvis postea unus filius natus sit nec quaquam potuerint plures nasci, cum per rerum naturam certum fuerit unum nasci.

53) Nach dem Vorgange von *Köppen* (s. die folgende Note) ist nach existimant ein Komma und nach sit ein Doppelpunkt gesetzt. In den Pandectenausgaben werden die Worte »si nemo natus sit« zum Folgenden gezogen, indem nach existimant ein Doppelpunkt oder Strichpunkt, nach sit ein Komma gesetzt wird. So auch in der Ausgabe *Mommsen's*, welcher nach existimant einschalten will: si postumus natus sit.

54) S. hiezu L 30 § 6 cit. in f. verb. »non ex quarta ut Julianus putat.« Die vorabgedruckten Stellen sind in neuerer Zeit besonders von *Köppen* eingehend behandelt worden, und zwar in seiner Schrift »die Erbschaft« S. 138 ff., in den Jahrbüchern für Dogmatik V S. 145, S. 153 ff., im System des heutigen röm. Erbrechts S. 375 ff. Note 19,

Eine Zuvielforderung liegt nach der ersten Stelle vor, wenn das zur Todeszeit allein vorhandene Kind des Erblassers die Hälfte einer Erbschaftsforderung eingeklagt hat, auch wenn hinterher die beim Tode ihres Mannes schwanger gewesene Frau nur ein Kind geboren hat. In der zweiten Stelle wird überdies ausdrücklich entschieden, dass, wenn das beim Tode des Erblassers allein vorhanden gewesene Kind eine Erbschaftsforderung ungetheilt eingeklagt habe, es unter allen Umständen der seinem Interimserbtheil entsprechenden Quote der Forderung wegen pluris petitio verlustig geworden sei [55]). War zur Zeit des Ausgangs der Schwangerschaft das die Klage wegen Zuvielforderung gänzlich abweisende Urtheil bereits erlassen (was aber in keiner der Stellen vorausgesetzt wird), so musste man vom Standpunkt der Ansicht aus, dass der wirkliche Ausgang der Schwangerschaft für die Bestimmung des Rechtszustandes der Zwischenzeit massgebend sei, falls nach dem Ausgang der Schwangerschaft eine Zuvielforderung nicht vorlag, rücksichtlich des ganzen eingeklagten Betrags die Rechtshülfe der in integrum restitutio entweder gewähren oder versagen [56]); indem in L 36 cit. nur ein Theil des eingeklagten Betrages als durch die Zuvielforderung verloren erklärt ist, ist entschieden das Princip der Rückziehung verworfen. War aber zur Zeit des Ausganges der Schwangerschaft das Urtheil noch nicht erlassen, so konnte natürlich vom Standpunkte der Ansicht aus, dass Rückziehung stattfinde, ein die Klage wegen Zuvielforderung abweisendes Urtheil gar nicht mehr erlassen werden, wenn mittlerweile die Schwangerschaft beendigt und nach dem

endlich in den Jahrbüchern f. Dogmatik XI S. 171 ff. (theilweise abweichend von dem früher Ausgeführten). Vergl. ausserdem noch *Enneccerus* über Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung (Göttingen 1871) S. 101 ff., *Windscheid* Lehrbuch d. Pand. Aufl. 4 § 87 Note 2.

55) Vergl. Gajus IV. 53, dazu jedoch § 33 Inst. de act. 4. 6.

56) Vergl. die Citate der vorigen Note.

Ausgang derselben ein Fall der Zuvielforderung nicht gegeben war, der Kläger konnte alsdann nicht eines Theiles seiner Forderung verlustig gehen.

Muss nach dem Gesagten in dem Falle, wenn sich durch die Entbindung herausgestellt hat, dass die Frau mit weniger als drei Kindern schwanger war, Accrescenz ohne Rückziehung angenommen werden, so führt das Argumentum a majori ad minus dahin, auch in dem Falle einer Todtgeburt zu entscheiden, dass Accrescenz ohne Rückziehung eintrete. Im letzteren Falle war nemlich das Kind, dessen Erbtheil accrescirt, wenigstens im Mutterleibe vorhanden, nicht so im ersteren; wenn trotzdem im ersteren Falle der Rechtszustand der Zwischenzeit so bestimmt bleibt, wie er einmal bestimmt war, so muss um so viel mehr dasselbe im letzteren Falle gelten.

Nicht bloss für den Fall der Todtgeburt eines Miterben, sondern für alle Accrescenzfälle ist aus L 28 § 5 und L 36 cit. zu folgern, dass Rückziehung der Accrescenz nicht eintrete. Umgekehrt dürfte, wenn L 30 § 6 cit. als massgebend zu erachten wäre, daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass im Falle der Todtgeburt oder beim Wegfallen eines Delaten Rückziehung der Accrescenz stattfinde. Dies wäre ein unstatthaftes argumentum a minori ad majus.

18. Eine weitere, in Betracht kommende Stelle ist: L 8 § 1 D de suis et leg. 38. 16 (Julian libr. 59 Dig.): Si quis praegnatem uxorem reliquisset et matrem et sororem, si viva uxore mater mortua fuisset, deinde uxor mortuum peperisset, ad sororem solam legitima hereditas pertinet, quia certum esset, matrem eo tempore decessisse, quo legitima hereditas ad eam non pertinebat.

Es hinterlässt also Jemand eine schwangere Frau, eine Mutter und eine Schwester. Die Mutter stirbt und nach ihrem Tode bringt die Frau ein todtes Kind zur

Welt. Julian entscheidet, dass in diesem Falle die gesetzliche Erbschaft der Schwester allein gebühre, denn es sei gewiss, dass die Mutter zu einer Zeit aus dem Leben gegangen, da ihr die gesetzliche Erbschaft nicht gebührte[57]).

Unzweifelhaft war der Mutter zur Zeit ihres Todes die Erbschaft nicht deferirt. Allein wenn Julian der Ansicht war, dass nach eingetretener Todtgeburt des nächsten Erben von der Schwangerschaft abzusehen, somit die Delation an die Nacherbberechtigten als im Zeitpunkt des Todes des Erblassers erfolgt zu betrachten sei, so konnte er als Grund, warum der Schwester ausschliessend die gesetzliche Erbschaft zukomme, nicht den anführen, dass die Mutter zu einer Zeit verstorben sei, wo ihr die gesetzliche Erbschaft noch nicht deferirt war. Vielmehr musste er dann seine Entscheidung damit motiviren, dass es an einem gültigen Erbschaftsantritt der Mutter fehle, sei es nun, dass dieselbe vor ihrem Tode gar keine Erklärung über die Erbschaft abgegeben, oder sei es, dass sie die Annahme der Erbschaft erklärt hatte, wissend oder vermuthend, dass ihre Schwiegertochter in der Hoffnung sei. Der von Julian in Wirklichkeit angegebene Grund seiner Entscheidung ist mit der Fiction der Nichtschwangerschaft nicht vereinbar[58]).

19. L 4 D de SCto. Sil. 29. 5 (Papinian.): Qui postumos heredes instituerat, non natis postumis uxorem secundo loco scripsit heredem: cum a familia necatus diceretur, uxor diem suum obierat: heredes mulieris actiones ex constitutione (*scr.* substitutione) sibi dari postulabant. eos ita demum audiendos esse respondi, si mulier, quam in utero nihil gestare constabat,

57) Nemlich ex SCto. Tertulliano. Vgl. § 3 I de SCto. Tert. 3. 3: . . . . soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur.

58) Dass das zweimal in der Stelle vorkommende Wort pertinere von dem Deferirtsein und nicht von dem Erworbensein der Erbschaft zu verstehen ist, dürfte nicht zu bezweifeln sein. Vgl. L 181 de V. S. 50. 16. —

propter senatus consultum hereditatem adire noluit: alioquin praegnate ea defuncta nullam injuriae querellam intervenisse.

Jemand hat seine postumi zu Erben eingesetzt und ihnen seine Frau substituirt; nachdem er gestorben war, und in Frage stand, ob er nicht durch seine Sklaven getödtet worden sei, ist auch die Frau mit Tod abgegangen, ohne dass sie einen postumus geboren hatte. Papinian entscheidet, dass, wenn die Frau nicht schwanger gewesen sei und nur wegen der Vorschrift des SC. Silanianum den Erbschaftsantritt unterlassen habe, die Erben derselben im Transmissionsweg die Erbschaft des Mannes in Anspruch nehmen können, nicht dagegen, wenn die Frau schwanger gewesen sei. Hiernach unterscheidet Papinian, obgleich es durch den Tod der Frau gewiss geworden ist, dass ein lebendes und rechtsfähiges Kind nicht zur Welt komme, doch zwischen dem Falle der Schwangerschaft und dem Falle der Nichtschwangerschaft.

Gegen die Beweiskraft der Stelle lässt sich nun freilich folgendes einwenden. Papinian wolle nur Hilfe gewähren gegen das im SC. Silanianum etc. liegende Hinderniss des Erbschaftsantritts; sei die Frau nicht schwanger gewesen, habe sich aber für schwanger gehalten, so habe sie schon desshalb die Erbschaft nicht erwerben können (L 30 § 5 D de A. vel O. H. 29. 2); die Fiction der Nichtschwangerschaft bedeute hinwieder nur Negation der rechtlichen Wirkungen der Schwangerschaft, nicht aber Negation der präsumtiven thatsächlichen Folge, dass die Frau sich für schwanger gehalten hat; also lasse sich daraus, dass Papinian im Falle der Schwangerschaft den Erben der Frau die Transmission versagt, nicht folgern, dass er ein Gegner der Fiction der Nichtschwangerschaft gewesen[59]). Allein

59) Vgl. L 3 § 32 D de SCto. Sil. 29. 5. Hier wird Transmission versagt: si praegnas uxor occisi fuit vel etiam putabatur. S. auch L 1 § 8, 9 D si mulier ventris nom. 25. 6.

nach dem, was Papinian in L 12 D de Carb. ed. 37. 10 lehrt, ist nicht zu bezweifeln, dass, wenn er der Ansicht gewesen wäre, es sei nach unglücklichem Ausgang einer Schwangerschaft von derselben abzusehen, er im Falle der L 4 cit. den Erben der Frau geholfen haben würde[60]). Dass er es nicht gethan, ist sonach ein Beweis dafür, dass ihm die Fiction der Nichtschwangerschaft fremd gewesen ist[61]).

20. Von ganz besonderer Bedeutung für die Entscheidung unserer Streitfrage ist:

> L 16 D de liber. et post. 28. 2 Africanus: Si filius heres institutus sit omisso postumo filioque substitutus nepos ex eo sit, si interim moriatur filius, postumo non nato nepotem tam patri quam avo suum heredem futurum. quod si nemo filio substitutus sit et solus ipse institutus sit, tunc quia eo tempore, quo is moriatur, certum esse incipit neminem ex eo testamento heredem fore, ipse filius intestato patri heres existet: sicut evenire solet, cum sub ea condicione, quae in ipsius potestate erit, filius heres institutus, prius quam ei pareret, moriatur[62]).

Die Stelle kann nicht vom Falle blosser Scheinschwangerschaft verstanden werden. Denn in diesem Falle würde der eingesetzte Sohn im Augenblicke des Todes des Testators ipso jure dessen Erbe geworden sein.

> L 84 D de A. v. O. H. 29. 2 . . . sed si vacuo ventre mulier fuit, et incerto eo filius in familia retentus vita decessit, heres fuisse intellegitur. . . .

Es dürfen aber die Worte »postumo non nato« auch nicht als blosse Erläuterung des »interim« angesehen wer-

60) Vgl. *Köppen*, System des Erbrechts S. 371, *Windscheid*, Pand. § 600 Note 16, *J. A. Seuffert*, prakt. P.-R. Aufl. 4 § 574 Note 9.

61) Vgl. *Köppen* a. a. O. S. 372 Note 12 a. E. S. unten § 25.

62) Bezüglich der Schlussworte dieser Stelle: sicut evenire solet etc. vgl. L 5 D de her. inst. 28. 5, L 28 D de cond. inst. 28 7 und dazu *Francke*, das Recht der Notherben § 4 S. 53, 54.

den, wonach ihr Sinn wäre: »vor der Entbindung der Frau«. Gegen diese Deutung (die es nothwendig machen würde, das Komma vor postumo durch ein Komma nach nato zu ersetzen, oder doch an beiden Orten ein Komma zu setzen)[63]), spricht nicht bloss, dass es heisst »postumo non nato« und nicht »postumo nondum nato«, sondern auch, und zwar entscheidend, folgende Erwägung. Der eingesetzte Sohn ist in dem ersten Falle der Stelle nicht Erbe geworden, weil der Grundsatz gilt:

Quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas. L 84 D cit.[64])

Dieser Grundsatz schliesst natürlich, so lange die Möglichkeit der Ruption des Testaments besteht, auch den substituirten Enkel aus. Nun erkennt aber African dem Enkel als Substituten des eingesetzten Sohnes die grossväterliche Erbschaft zu[65]). Also muss er voraussetzen, dass jene Möglichkeit bereits aufgehört habe, und kann

63) *Kriegel* in seiner Ausgabe des corp. jur., *Francke* a. a. O. § 8 S. 87 und *A. Schmidt*, das formelle Recht der Notherben S. 9 Note 20 setzen nur ein Komma nach »nato«; anders *Gothofred* in seiner Folio-Ausgabe, welcher auch ein Komma vor postumo setzt; wieder anders *Mommsen*, welcher, wie oben im Texte geschehen, ein Komma vor postumo setzt und es nach nato weglässt.

64) Der Prätor machte für sui und für emancipati, resp. ihre Erben, obigen Grundsatz unschädlich. L 84 cit., L 4 § 3, L 5 D de B. P. c. tab. 37. 4; vgl. *Arndts* § 507 Note 2 und *Windscheid* § 597 Note 9 mit *Leist* in *Glück's* Commentar, Serie der Bücher 37 und 38 Thl. 2 S. 200 ff. S. dazu unten § 25.

65) *A. Schmidt* a. a. O. ergänzt nach postumo non nato »sed nato postea«. Darauf würde der Sinn der Worte: nepotem . . . avo suum heredem futurum sein, dass der Enkel Intestaterbe des Grossvaters sein werde. Allein es ist 1) bedenklich, ein wesentliches Moment des Thatbestandes zu subintelligiren. 2) African würde wohl ausdrücklich gesagt haben, dass der Enkel intestato den Grossvater beerbe und er würde 3) nicht unerwähnt gelassen haben, dass mit dem Enkel der postumus Erbe sein werde. *Francke* a. a. O. versteht jene Worte dahin, dass der Enkel seinen Grossvater entweder ex testamento oder intestato beerben werde. Allein auch diese Auslegung nöthigt dazu, African den Vorwurf zu machen,

hiernach der Sinn der Worte »postumo non nato« nur der sein: wenn es gewiss geworden ist, dass ein lebendes und rechtsfähiges Kind des Erblassers nicht geboren wird. Diese Gewissheit kann sich ergeben durch Todtgeburt, Fehlgeburt oder Tod der Frau vor der Entbindung. Indem nun African entscheidet, dass, wenn einer dieser Fälle nach dem Tode des eingesetzten Sohnes eintrete, der substituirte Enkel Erbe des Testators werde, dass aber, wenn im Testamente kein Substitut ernannt und der Sohn allein zum Erben eingesetzt sei, letzterer im Zeitpunkte seines vor dem Ausgange der Schwangerschaft erfolgten Todes Intestaterbe seines Vaters geworden sei, weil sich in diesem Zeitpunkte die Gewissheit ergeben habe, dass Niemand aus dem Testamente Erbe werde, — erkennt der Jurist an, dass es nach eingetretener Todtgeburt oder sonstigem unglücklichen Ausgang der Schwangerschaft nicht so angesehen werden dürfe, als ob ein Kind gar nicht in Aussicht gewesen sei. Denn wäre es die Meinung African's gewesen, dass in Folge der eingetretenen Todtgeburt von der Thatsache der Schwangerschaft völlig abzusehen sei, so hätte er, — gleichviel ob der eingesetzte Sohn einen Substituten oder Miterben hatte oder nicht — entscheiden

dass er seinem Gedanken nicht den entsprechenden Ausdruck gegeben habe. Zudem ist Folgendes zu beachten. African setzt anfänglich nicht voraus, dass der eingesetzte Sohn keinen Miterben habe; erst nach Erledigung des ersten Falles unterstellt er den Fall, dass der eingesetzte Sohn weder einen Substituten noch einen Miterben hat. Ist aber neben dem Sohne noch ein Anderer eingesetzt, so ist es, wenn der Sohn vor der Entbindung der Frau verstirbt, nicht unter allen Umständen gewiss, dass der ihm substituirte Enkel Erbe des Grossvaters sein werde. Denn es kann ja der Enkel gleichfalls vor der Entbindung der Frau mit Tod abgehen, und dann wird er so wenig wie sein Vater Erbe des Grossvaters; das Vorhandensein eines Miterben verhindert das Destitutwerden des Testaments im Zeitpunkte des Todes des substituirten Enkels. Darnach konnte African gar nicht dem Enkel die Beerbung des Grossvaters vor der Entbindung der Frau in sichere Aussicht stellen.

müssen, dass der Sohn im Augenblicke des Todes des Testators dessen Erbe ex testamento geworden sei.

Die Stelle ist übrigens nicht weniger beweiskräftig, auch wenn man die Worte »postumo non nato« als blosse Erläuterung des »interim« auffasst und demgemäss entweder unterstellt, dass African seinen Bescheid bei noch fortbestehender Schwangerschaft, oder dass er ihn nach Geburt eines lebenden und rechtsfähigen Kindes ertheilt habe. War nemlich African der Ansicht, dass nach eingetretener Todtgeburt von der Thatsache der Schwangerschaft völlig abzusehen sei, so konnte er nicht sagen, dass, wenn dem Sohne Niemand substituirt und derselbe allein zum Erben eingesetzt worden, im Zeitpunkte seines Todes es gewiss geworden sei, dass Niemand aus dem Testamente Erbe werde, folgeweise der Sohn als Intestaterbe seines Vaters verstorben sei; vielmehr musste African ohne Rücksicht auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von Substituten oder Miterben des Sohnes entscheiden, dass der Ausgang der Schwangerschaft herausstellen werde, ob der Sohn Testamentserbe des Vaters im Augenblicke des Todes desselben geworden sei oder ob letzterer ab intestato vom Enkel, falls dieser dann noch am Leben, und vom postumus beerbt werde, beziehentlich (nach Geburt eines lebenden und rechtsfähigen Kindes), dass der Testator ab intestato vom Enkel und vom postumus beerbt werde.[65a])

21. In den vorausgehenden §§ ist eine Reihe von Stellen vorgeführt, welche entschieden dagegen sprechen, dass im Falle der Todtgeburt des nächsten Erben von der Thatsache der Schwangerschaft abzusehen sei. Ausser der in § 15 behandelten L 129 de V. S. sind aber noch einige Stellen geeignet, Schwierigkeit zu bereiten. Dieselben sollen im Folgenden behandelt werden. Zunächst

L 10 § 1 D ad SC. Tert. 38. 17 (Pomponius):
Quando in pendenti est, an quaedam personae possint

65a) S. im Uebrigen zu L 16 D cit. unten § 25 a E.

obstare matri, et casus tulerit, ut non inducerentur, matris jus integrum erit, quod medio tempore appenderit (scr. pependerit): veluti si filio intestato mortuo postumus ei filius potuerit nasci nec natus sit aut mortuus editus, vel (quod) etiam filius qui in hostium potestate erat postliminio non sit reversus.

Die beiden Fälle der Todtgeburt und der Nichtrückkehr des kriegsgefangenen Sohnes sind hier gleichgestellt. Man kann nun geltend machen, im zweiten Falle könne kein Zweifel darüber sein, dass die wegen der Möglichkeit des postliminium bis zum Tode des Sohnes in der Kriegsgefangenschaft in suspenso gewesene Delation der Erbschaft an die Mutter des Erblassers auf den Zeitpunkt des Todes des letzteren zurückzudatiren sei, da in Gemässheit der lex Cornelia der in der Kriegsgefangenschaft Verstorbene in jeder Beziehung als im Augenblicke seiner Gefangennahme verstorben betrachtet werden müsse. Darnach müsse aber auch im ersten Falle der L 10 § 1 cit. die Delation der Erbschaft an die Mutter, wenn gleich dieselbe erst im Augenblicke der Todtgeburt erfolgt sei, als im Zeitpunkte des Todes des Erblassers erfolgt angesehen werden.

Allein auf diese Argumentation ist Folgendes zu erwidern:

1) Wie neuerlich von *Bechmann* »das jus postliminii und die lex Cornelia« (Erlangen 1872) S. 84 ff. dargelegt worden ist, hat die lex Cornelia lediglich verordnet, dass die in feindlicher Gefangenschaft Verstorbenen in Beziehung auf ihre Beerbung ex testamento und ab intestato, dann in Beziehung auf die von ihnen letztwillig angeordneten Vormundschaften so behandelt werden sollen, wie wenn sie als römische Bürger verstorben wären.[66])

[66]) Vgl. z. B. L 12 D qui test. facere poss. 28. 1; L 22 pr. D de capt. et de postlim. 49. 15; L 4 § 1 D de bon. libert. 38. 2; L 1 pr. D de suis et legit. her. 38. 16; Ulp. fragm. XXIII. 5.

»Dagegen hat das Gesetz eine Bestimmung, dass der Tod des Gefangenen rückdatirt werden solle auf den Augenblick der Gefangennahme, nicht enthalten: diese Rückdatirung ist vielmehr das Product der an das Gesetz sich anschliessenden Jurisprudenz.« [67])

2) Die Rückdatirung des Todes des in feindlicher Gefangenschaft Verstorbenen auf den Zeitpunkt der Gefangennahme findet fich bei Ulpian in

> L 18 D de capt. et postlim. 49. 15: In omnibus partibus juris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est —; [68])

bei Paulus in

> L 39 D. de test mil. 29. 1: . . . ex eo tempore, quo captus est, videtur decessisse —;

bei Papinian in

> L. 10 de capt. et postlim. 49. 15: . . . qui non rediit, jam tunc decessisse intellegitur, ex quo captus est.

67) *Bechmann* a. a. O. S. 85.

68) Zu L 18 cit. bemerkt *Bechmann* S. 91: »Die rechtliche Wirkung des Todes wird mit der Gefangennehmung verbunden, nicht aber das Datum des natürlichen Todes auf einen andern Zeitpunkt verlegt, daher hat jene Annahme niemals die Wirkung, dass dadurch die natürliche Reihenfolge des Todes zweier Personen umgekehrt würde.« — Wie dieser Satz sich mit der L 18 cit., der L 39 D de test. mil. und der L 10 D de capt. cit., dann mit dem von *Bechmann* selbst auf S. 85 Gesagten (s. Text zu Note 67) vereinigen lasse, wie es möglich sei, die rechtliche Wirkung des Todes mit der Gefangennehmung zu verbinden, ohne dass das Datum des natürlichen Todes auf den Zeitpunkt der Gefangennehmung verlegt wird, — das ist in der That nicht abzusehen. Richtig ist, dass Papinian, nachdem er im 29. Buch seiner quaestiones (L. 10 de capt. cit.) ganz allgemein gesagt hatte, dass der aus der Gefangenschaft nicht Zurückgekehrte als im Augenblicke der Gefangennehmung verstorben zu betrachten sei, im 31. Buch desselben Werkes (L 11 D eod.) die von einem nachher in Gefangenschaft gerathenen und in derselben verstorbenen Bürger angeordnete Pupillarsubstitution für den Fall für unwirksam erklärt, wenn der unmündige Sohn des Testators in civitate nach der Gefangen-

Zur Zeit des *Pomponius*, von welchem die L 10 D. 38. 17 cit. ist, war sicherlich die Rückdatirung des Todes noch nicht zur Anerkennung gelangt, jedenfalls nicht in der Allgemeinheit, in der sie in obigen Stellen besonders in L 18 cit. (verb.: in omnibus partibus juris), ausgesprochen ist. In den Institutionen des *Gajus*, die wohl nicht früher verfasst sind, als das Werk von *Pomponius*, dem die L 10 D 38. 17 cit. entnommen ist,[69]) wird IV. 129 gesagt, dass, wenn der Hausvater in feindliche Gefangenschaft gerathen sei, das Recht der Kinder wegen des Rechtes des postliminium in Schwebe sei (pendet jus liberorum); gleichwohl wird es als eine zweifelhafte Frage bezeichnet, ob, wenn der Hausvater in der feindlichen Gefangenschaft verstorben ist, die Kinder als sui juris zu betrachten seien vom Zeitpunkte der Gefangennahme oder von dem des Todes des Vaters an.[70]) Darnach ist es aber sehr wohl gedenkbar, dass *Pomponius* im Falle des Versterbens des Sohnes des intestato gestorbenen Erblassers in der Kriegsgefangenschaft keine Rückziehung der nun an die Mutter

nehmung, aber vor dem wirklichen Tode des letzteren verstorben ist. Vgl. *Bechmann* a. a. O. S. 102, 103. Allein diese Entscheidung kann es nur rechtfertigen, Papinian den Vorwurf der Inconsequenz zu machen; nicht aber dürfen wir von derselben Anlass nehmen, zu leugnen, dass in der L 18, L. 39 und L. 10 citt. das Princip der Rückdatirung des Todes des in der Gefangenschaft Verstorbenen ausgesprochen sei. Mit L 11 cit. stimmt überein die in der *Bechmann*'schen Schrift merkwürdiger Weise nicht besprochene L 29 D de vulg. et pup. subst. 28. 6 von Scaevola, sofern man nicht mit *Mommsen* »post filium« statt »mox filius« liest. Vgl. übrigens noch zu L 10, 11 D de capt. und L 29 cit. *Mühlenbruch* in *Glück's* Comm. Bd. 40 S. 447 ff., auch zu den Worten: »sive quoniam vivo patre filiusfamilias mori intellegitur« in L 10 cit. die Digestenausgabe von *Mommsen*.

69) Vgl. *Fitting* über das Alter der Schriften der römischen Juristen von *Hadrian* bis *Alexander* S. 12, 21.

70) Anders in *Justinian's* Institutionen: § 5 Inst. quib. mod. jus pot. solv. 1. 12.

des Erblassers ex SCto. Tertulliano erfolgenden Delation angenommen hat.

Es war weniger bedenklich in diesem Falle zu sagen, dass bis zum Tode des Sohnes die Erbschaft seines Vaters gar nicht deferirt gewesen sei, als im Falle des Versterbens des Hausvaters in der feindlichen Gefangenschaft zu sagen, dass die Kinder bis zu seinem Tode in seiner Gewalt gewesen seien. [71])

3) Gesetzt aber, dass *Pomponius* in dem Falle der Nichtrückkehr des Sohnes aus der feindlichen Gefangenschaft Rückziehung der Delation angenommen haben sollte, so lässt sich doch aus der Gleichstellung dieses Falles mit dem Falle der Todtgeburt des Sohnes in L 10 § 1 ad SC. Tert. cit. nicht folgern, dass *Pomponius* auch im letzteren Falle Rückziehung der Delation statuirt habe. Auch wenn die Frage, ob Rückziehung der Delation stattfinde, für die beiden Fälle verschieden beantwortet wird, stehen sich dieselben insoweit gleich, als weder in dem einen noch in dem anderen Falle die Mutter ex SCto. Tertulliano die Erbschaft ihres ohne Testament verstorbenen Sohnes erwerben konnte, so lange noch die Möglichkeit der Beerbung desselben durch einen Sohn bestand, hinwieder in dem einen wie in dem anderen Falle die Mutter Erbin ex SCto. Tertulliano werden konnte, sobald die Nichtbeerbung des verstorbenen Sohnes durch einen Sohn zur Gewissheit geworden war. Nichts hindert uns nun aber, zu unterstellen, dass nur in soweit der Jurist die beiden Fälle in der L 10 § 1 cit. habe gleichstellen wollen, dass er dagegen die,

71) In L 1 § 4 D de suis et legit. 38. 16 lehrt *Ulpian*, dass so lange der in feindlicher Gefangenschaft befindliche Sohn am Leben, die Kinder desselben von der grossväterlichen Erbschaft ausgeschlossen seien, o h n e hinzuzufügen, dass im Falle Versterbens des Sohnes in der Gefangenschaft die Enkel rückwärts vom Augenblicke des Todes des Grossvaters an als dessen Erben zu betrachten seien. Nach L 18 de capt. et postlim. cit. ist indessen anzunehmen, dass *Ulpian* hier etwas einfach nicht gesagt, nicht aber, dass er es für unrichtig gehalten habe.

ohnehin nur unter besonderen Umständen praktisch bedeutsame Frage, ob Rückziehung der Delation stattfinde, gar nicht habe entscheiden wollen. [72])

22. L 7 pr. D de reb. dub. 34. 5 *Gajus:*

> Utrum ita postumus partem faciat, si natus sit, an et si natus non sit, quaeritur. ego commodius dici puto, si quidem natus non est, minime eum partem facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto.

Dass die Stelle ebensowohl von dem Falle wirklicher Schwangerschaft und hinterheriger Todtgeburt als vom Falle der Nichtschwangerschaft zu verstehen sei, ist zuzugeben. Allein die Entscheidung derselben lässt sich in Beziehung auf den ersten Fall sehr wohl erklären, ohne dass es nöthig ist zu fingiren, dass die mit einem todten Kinde niedergekommene Frau nicht schwanger gewesen sei. Mag nun die fragliche Frau nicht schwanger gewesen sein oder mag die vorhandene Schwangerschaft die Geburt eines lebenden und rechtsfähigen Kindes nicht zur Folge gehabt haben, in dem einen wie in dem andern Falle muss es als Wille des Erblassers angesehen werden, dass der Mitbedachte den ganzen Vermächtniss-Gegenstand haben solle, als ob er ihm ausschliessend vermacht sei. Mit Rücksicht auf diesen nicht zu bezweifelnden Willen des Erblassers wird, obgleich nach älterem Rechte beim Fideicommiss so wenig wie beim Damnationslegat der Regel nach Anwachsung stattfand, [73]) entschieden, dass postumo non nato der Mitfideicommissar das Ganze erhalte. [74])

72) Vgl. über L 10 § 1 ad SC. Tert. noch *Leist* a. a. O. Thl. II S. 218 ff. Von *Bechmann* a. a. O. ist die Stelle nicht besprochen.

73) Vat. fr. § 85. Bemerkenswerth ist die auf den Fall eines Damnationslegats sich beziehende L 16 pr. de leg. I.: Si duobus res conjunctim legata sit, quamvis alter in rerum natura non fuerit, alteri solam partem deberi puto verum esse. Vgl. *Arndts* Lehrb. der Pand. § 556 Anm. 4.

74) S. auch L 15 § 1 de leg. I. Vgl. *Mayer* das Recht der An

Nach L 16 § 2 de leg. 1 bekömmt, wenn »Titio et postumis« vermacht ist, postumo non nato Titius das Ganze selbst dann, wenn das Vermächtniss mit der Massgabe angeordnet ist, dass jeder der Bedachten einen Kopftheil erhalten solle.[75]) Diese Entscheidung beruht wohl auf der Annahme, dass der Erblasser durch jene Massgabe lediglich für den Fall der Geburt mehrerer postumi den Zweifel habe ausschliessen wollen, ob Titius die Hälfte oder einen Kopftheil zu bekommen habe,[76]) dass er aber für den Fall, dass gar kein postumus geboren wird, dem Titius das Ganze habe vermachen wollen.[77])

Insoweit der Antheil eines ausschlagenden Mitvermächtnissnehmers rückwärts als dem Mitbedachten zugehörig betrachtet wird,[78]) muss natürlich auch der Vermächtnissantheil eines todtgeborenen postumus rückwärts als dem Mitbedachten zugehörig angesehen werden. Man wird aber nach *justinianischem* Rechte noch weiter gehen und behaupten dürfen, dass, wenn von zwei Collegataren der eine ein die legati veniente noch nicht geborener postumus ist, der andere einstweilen Anspruch auf das ganze Vermächtniss habe und eine Beschränkung auf einen Theil erst dadurch eintrete, dass ein lebendes und rechtsfähiges Kind geboren wird oder dass mehrere solche Kinder geboren werden. Dass eine solche Behandlung dem präsumtiven Willen des Erblassers entspricht, wird sich nicht leugnen lassen; im Zweifel muss es als Wille desselben angesehen werden, dass der postumus

---

wachsung S. 131 ff., *Arndts* in *Glück's* Comm. Bd. 48 S. 38 ff.: »... den römischen Juristen (ist) die voluntatis quaestio bei letztwilligen Verfügungen vor allem wichtig erschienen und haben sie derselben immer mehr Raum gegeben, wie sich das Recht der Vermächtnisse durch den Einfluss der Fideicommisse freier entwickelte.«

75) S. auch L 6 D de reb. dub. 34. 5.

76) Vgl. L 7 pr. cit.

77) *Arndts* a. a. O. S. 40, 41.

78) L 34—36 pr. D ad leg. Aquil. 9. 2. S. oben Note 21.

erst von der Zeit seiner Geburt an den Collegatar beschränken, folglich bis dahin der Antheil des erwarteten postumus dem Collegatar, nicht dem Onerirten, zukommen soll. Der Fall stellt sich auf die gleiche Stufe mit dem Falle, wenn dieselbe Sache dem einen pure, dem anderen sub condicione vermacht ist. Auch hier muss es als Wille des Erblassers angenommen werden, dass derjenige, dem unbedingt vermacht ist, so lange die Bedingung schwebt, also ein concursus noch nicht gegeben ist, die Sache ganz habe. Vgl. L 80 D de leg. III (oben S. 20). In L 34 § 10 D de leg. I ist nun allerdings für einen solchen Fall entschieden, dass derjenige Collegatar, dem unbedingt vermacht ist, während des Schwebens der Bedingung nur einen Theil habe. [79]) Allein diese Entscheidung hängt wohl damit zusammen, dass nach älterem Rechte auch bei Vermächtnissen in der Regel Resolutivbedingungen (wie Endtermine) unzulässig waren.

L. 55 D de leg. I, L 44 § 1 D de oblig. et act. 44. 7, vgl. L 26 Cod. de leg. 6. 37.

Diese Regel schloss es aus, in Berücksichtigung des Willens des Erblassers anfänglichen Vollerwerb und hinterherige Decrescenz anzunehmen. Nach neuestem Rechte sind aber bei allen Vermächtnissen Resolutiv-Bedingungen (und Endtermine) zulässig — L 26 Cod. cit. [80]) — und wird hiernach — und in Gemässheit der Bestimmungen der L. un. Cod. de cad. toll. 6. 51 über das Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen — für das neueste Recht allgemein das zu behaupten sein, was schon nach vorjustinianischem Rechte für das Legat des Niessbrauchs anerkannt ist:

79) Vgl. *Arndts* in *Glück's* Commentar Thl. 48 S. 81.

80) *Vangerow* Lehrb. d. Pand. § 434 Anm. 1 Aufl. 7 S. 105 ff. Vgl. *Czyhlarz* zur Lehre von der Resolutivbedingung S. 18 ff., *Jhering* Jahrb. f. Dogm. Bd. 10 S. 507, 512, *Schulin* über Resolutivbedingungen und Endtermine S. 200.

L 6 § 2 D de usufr. accresc. 7. 2 *(Ulpian.)*: Si mihi usus fructus fundi pure, tibi sub condicione legatus sit, potest dici totius fundi usum fructum ad me pertinere interim et, si capite minutus fuero, totum (me) amittere: sed si extiterit condicio, totum usum fructum ad te pertinere, si forte capite deminutus sum, ceterum cum in meo statu maneo, communicandum usum fructum. [81])

Der Collegatar, der anfänglich das Ganze erhält, muss dem Onerirten für den Fall hinterheriger Decrescenz cautio de restituendo leisten. L 26 Cod. cit. [82])

Nimmt man mit der herrschenden Lehre[82a]) für das *justinianische* Recht allgemein an, dass auch solche mit einem Vermächtnisse bedacht werden können, welche im Augenblicke des Todes des Erblassers noch nicht concipirt sind, so wird die hier befürwortete Behandlung des in Frage stehenden Falles ganz unabweislich. Man setze folgende Vermächtnissanordnung:

»Mein Haus vermache ich den Kindern meiner Schwester, sowohl denjenigen, die bei meinem Tode vorhanden sind, als denjenigen, die nachher in irgend einem Zeitpunkte werden geboren werden«

und unterstelle, dass beim Tode des Erblassers Ein Kind der Schwester vorhanden, dass aber letztere eine junge und gesunde Frau ist, die möglicherweise noch wiederholt Drillinge zur Welt bringen wird. Dieser Fall kann nach Analogie der L 34 § 10 D de leg. I cit. nicht entschieden werden, da sich die Quote, zu welcher das vorhandene Kind zunächst berechtigt sein soll, schlechthin nicht bestimmen lässt. [83])

81) Vgl. dazu L 1 § 3 in f. D eod. *Arndts* a. a. O. ist gegen die analoge Ausdehnung der L 6 § 2 cit.

82) Die hier statuirte Cautionspflicht gibt kein Argument gegen die dingliche Wirkung des Endtermins und der Resolutivbedingung ab. *A. M. Czyhlarz* a. a. O.

82a) And. Mein. *Arndts* a. a. O. Thl. 46 S. 410.

83) Man kann einwenden, dass das vorhandene Kind nach Analogie

Wenn von zwei heredes conjuncti der eine unter einer Bedingung eingesetzt oder ein postumus ist, so kann auch nach neuestem Rechte für den anderen nicht einstweiliger Vollerwerb stattfinden, weil der Grundsatz »Semel heres semper heres« gilt. In wiefern gleichwohl für den Erben, dem zufolge Deficienz der Bedingung, unter welcher der Miterbe eingesetzt ist, oder zufolge Todtgeburt des miteingesetzten postumus accrescirt, dasselbe ökonomische Resultat sich ergibt, das vorliegen würde, wenn er die accrescirende Portion gleichzeitig mit der ursprünglichen Portion erworben hätte, dies wird weiter unten im § 26 dargelegt werden.

23. L 7 D de man. test. 40. 4 *(Ulpianus):* Neratius scribit, ejus, cui libertas sic data est: si mihi nullus filius erit, cum moriar, Stichus liber esto, impediri libertatem postumo nato; sed dum speratur nasci, utrum in servitute remanere dicimus, an vero ex post facto respondemus retro liberum fuisse nullo filio nato? quod magis arbitror probandum.

Ulpian entscheidet, dass, wenn einem Sklaven unter der Bedingung, dass zur Todeszeit des Erblassers kein Sohn desselben vorhanden ist, die Freiheit vermacht sei, nullo filio nato der Sklave rückwärts, d. h. vom Zeitpunkt des Erbschaftsantritts an[84]) als frei zu gelten habe.

Dass *Ulpian* hiebei den Fall im Auge habe, wenn

der L 1 § 5 D si pars her. pet. 5. 4 (Not. 50) einstweilen eine incerta pars in Anspruch nehmen könne. Allein in dem Falle der L 1 § 5 cit. konnte die vorläufig vorhandene Ungewissheit über die Grösse des klägerischen Anspruchs höchstens 10 Monate, vom Tode des Erblassers an gerechnet, dauern (vgl. oben Note 42a); bis zur Beseitigung der Ungewissheit hatte wohl der Richter, der nur certam pecuniam zuerkennen konnte (*Gajus* IV. 52), sein Urtheil auszusetzen. In dem hier fraglichen Falle kann aber die Ungewissheit über die Zahl der Mitvermächtnissnehmer und damit über den Umfang der Berechtigung des zur Zeit vorhandenen Vermächtnissnehmers viele Jahre hindurch fortbestehen.

84) Vgl. L 23, L 25 D cod.

zur Todeszeit des Erblassers die Frau nur vermeintlich schwanger war, dürfte kaum anzunehmen sein. [85]) In diesem Falle hätte darüber, dass der Sklave von der Zeit des Erbschaftsantritts an als frei zu betrachten sei, füglich kein Zweifel sein können, [86]) während *Ulpian* offenbar die zu entscheidende Frage als eine zweifelhafte auffasst. Auch die Basiliken (XLVIII, 3 fr. 8) unterstellen wirkliche Schwangerschaft der Frau. Aber auch die Deutung der Stelle dürfte nicht beifallswürdig sein, wornach die Geburt einer Tochter unterstellt und der Grund der Entscheidung darin gefunden wird, dass die Freiheitsertheilung an die Bedingung des Nichtvorhandenseins eines Sohnes geknüpft war [86a]). Wäre diess in Wirklichkeit der Entscheidungsgrund für Ulpian gewesen, so würde er wohl nicht gesagt haben »nullo filio nato«, sondern »filia nata«. [86b]). Vgl. auch L 84 D de V. S. 50. 16. Hiernach bleibt nichts anderes übrig, als die Stelle von dem Falle wirklich vorhanden gewesener aber unglücklich ausgegangener Schwangerschaft zu verstehen.

Indem nun *Ulpian* entscheidet, dass in diesem Falle der Sklave nicht erst vom Ausgang der Schwangerschaft an, sondern rückwärts vom Zeitpunkte des Erbschaftsantritts an [87]) als frei zu betrachten sei, ist wohl für ihn die Rücksicht auf den Willen des Erblassers massgebend gewesen. Die vom Erblasser gesetzte Bedingung war eine solche, die ihrem Wortlaute nach nach dem Tode

85) Vgl. jedoch *Koeppen* in den Jahrb. f. Dogm. Bd. 11 S. 178 Note 83.

86) Um so mehr, als der Zeitpunkt, in dem es gewiss wird, dass eine für schwanger gehaltene Frau in Wirklichkeit nicht schwanger sei, sich in der Regel gar nicht genau bestimmen lässt.

86a) Vgl. *Fitting* Rückziehung S. 6, 7 § 5.

86b) Im Scholion der Basiliken a. a. O. heisst es: *ὅτε μὴ γεννηθῇ ὁ ποστοῦμος.*

87) Wenn der postumus gehörig enterbt oder miteingesetzt war, so konnte der Erbschaftsantritt seitens des ernannten Erben resp. Miterben schon vor dem Ausgange der Schwangerschaft erfolgen.

des Erblassers gar nicht mehr in Schwebe sein konnte.[88]) Allerdings nur dem Wortlaute nach: denn die wirkliche Meinung des Erblassers war zweifellos die, dass, wenn bei seinem Tode seine Frau in der Hoffnung sein würde, die Freiheit des Sklaven von dem späteren Ausgange der Schwangerschaft abhängig sein solle.[89])

Immerhin aber war durch die Fassung der Bedingung die Annahme begründet, dass es der Wille des Erblassers gewesen, es solle, wenn die Frau bei seinem Tode zwar schwanger sei, aber ein lebendes (und lebensfähiges) Kind nicht zur Welt bringe, zum Vortheile des Sklaven so angesehen werden, als ob beim Tode des Erblassers ein Kind gar nicht in Aussicht gewesen sei. In Berücksichtigung dieses Willens des Erblassers erkennt *Ulpian* filio non nato dem Sklaven die Freiheit rückwärts zu, obgleich sonst statuliberi durch den Eintritt der Bedingung, unter welcher sie freigelassen sind, nur für die Zukunft die Freiheit erlangen.[90]) Der Sklave soll rückwärts als frei gelten nicht zufolge eines die Fiction der Nichtschwangerschaft statuirenden positiven Rechtssatzes, sondern in Beachtung des präsumtiven Willens des Erblassers.

So aufgefasst steht die L 7 de manum. ebenso wenig als die L 7 pr. de reb. dub. mit den in §§ 16—20 erörterten Stellen im Widerspruch. Auch wenn letztere im corpus juris nicht enthalten wären, dürften wir nicht auf Grund der L 7 pr. de reb. dub. und der L 7 de manum. die Regel aufstellen, dass im Falle der Todtgeburt des nächsten Erben von der Thatsache der Schwangerschaft abzusehen sei. Wohl aber muss auf Grund der L 7 pr. de

88) Vgl. *Eisele* im civ. Archiv Bd. 50 S. 293.

89) Daher die von *Ulpian* gebilligte Entscheidung des *Neratius*, dass durch Geburt eines Sohnes nach dem Tode des Erblassers das Freiwerden des Sklaven verhindert werde. Vgl. unten Note 93.

90) L 16 D de statulib. 40. 7; L 15, 16 D de statu hom. 1. 5; vgl. auch L 1 C an servus 4. 14. *Fitting* Rückziehung S. 34 ff.

reb. dub. und der L 7 de manum. anerkannt werden, dafs möglicherweise mit Rücksicht auf den Willen des Erblassers der Fall der Todtgeburt dem Falle der Nichtschwangerschaft gleich zu behandeln ist.

Im folgenden § soll nun die besondere Frage in nähere Erwägung gezogen werden, in wie fern eine unter der Bedingung des kinderlosen Versterbens des Erblassers gemachte letztwillige Zuwendung mit Rücksicht auf den Willen des Erblassers aufrecht erhalten werden könne, wenn die Frau desselben bei seinem Tode in der Hoffnung, der bedingt Honorirte nach dem Tode des Erblassers, aber vor Ausgang der Schwangerschaft verstorben, demnächst aber eine Todtgeburt erfolgt ist.

24. Klar ist in den Gesetzen die Regel ausgesprochen, dass bedingte letztwillige Zuwendungen — Erbeinsetzungen und Vermächtnisse — hinfällig werden, wenn der Honorirte vor Eintritt der Bedingung mit Tod abgeht.

L 45 § 1 D de vulg. et pup. subst. 28. 6; L 9 in f. D de suis et leg. her. 38. 16 (s. oben S. 7 und 8); L 5 pr. § 2 D quando dies 36. 2; L un. § 7 C de cad. toll. 6. 51.

Allein was Vermächtnisse anlangt, so lässt sich leicht nachweisen, dass die Abhängigkeit eines Vermächtnisses von einem zukünftigen ungewissen Umstand für sich allein der Vererblichkeit desselben nicht im Wege steht. Durch eine condicio juris wird, auch wenn sie ausdrücklich dem Vermächtnisse beigefügt ist, der dies legati cedens nicht suspendirt,

L 7 § 5, L 22 § 1 D quando dies 36. 2; L 107 D de cond. 35. 1,

es sei denn, dass erhellt, der Erblasser habe den Bestand des Vermächtnisses vom Erleben des Eintritts der fraglichen Bedingung abhängig machen wollen,

vgl. L 19 § 1 D de cond. 35. 1.[91])

91) S. hiezu *Arndts* Lehrb. der Pand. § 66 Note 10.

Darnach dürfte aber zu behaupten sein, dass im Falle einer eigentlichen Bedingung der Vermächtnissnehmer nur desshalb den Eintritt der Bedingung erleben müsse, weil im Zweifel anzunehmen ist, dass der Erblasser den Bestand des Vermächtnisses von diesem Erleben habe abhängig machen wollen, dass somit das an eine eigentliche Bedingung geknüpfte Vermächtniss in Bezug auf Vererblichkeit dem unbedingten gleichzustellen sei, sobald erhellt, dass der Erblasser den Bestand desselben von dem Erleben des Eintritts der Bedingung nicht habe abhängig machen wollen.[92])

Diese Annahme findet eine Stütze in der (oben in Note 42 abgedruckten) L 18 D quando dies 36. 2. Jemandem war unter der Bedingung vermacht: »quandoque liberos habuerit«; er ist verstorben mit Hinterlassung einer schwangeren Frau. *Julian* entscheidet sich für die Geltung des Vermächtnisses, vorausgesetzt, dass hinterher wirklich ein postumus, d. h. ein lebendes und lebensfähiges Kind geboren wird. Als Grund dieser Entscheidung wird nun freilich nicht der angegeben, dass der Erblasser auch für den Fall des Eintritts der Bedingung nach dem Tode des Vermächtnissnehmers habe vermachen wollen; vielmehr sagt *Julian* vom Vermächtnissnehmer »intellegitur expleta condicione decessisse.« Allein in Wirklichkeit war doch die Bedingung beim Tode des Vermächtnissnehmers noch in Schwebe, wie dies von *Julian* selbst in den Schlussworten der Stelle anerkannt wird. Es ist ferner aus doppeltem Grunde bedenklich, anzunehmen, dass *Julian* auf Grund der gesetzlichen Fiction: Nasciturus pro jam nato habetur quoties de commodis ejus quaeritur — die Bedingung als bei Lebzeiten des Vermächtnissnehmers in Erfüllung gegangen angesehen habe, einmal desshalb, weil »in condicionibus primum locum voluntas defuncti obtinet

92) Vgl. *Fitting* a. a. O. S. 61; dazu jedoch *Windscheid* in der Heid. krit. Zeitschrift Bd. 4 S. 42, *Scheurl* Beiträge Bd. 2 S. 340 ff.

eaque regit condiciones (L 19 pr. D de cond. 35. 1, vgl. L 101 pr. eod.), sodann desshalb, weil möglicherweise das fragliche Vermächtniss ohne allen Vortheil für das Kind war, wenn nemlich der Vermächtnissnehmer in seinem Testamente das Kind enterbt (und ihm den Pflichttheil durch Vermächtniss zugewandt) hatte.[93]) Daher sind jene Worte: intellegitur etc. dahin zu verstehen, dass *Julian* sagen will, die Bedingung müsse, vorausgesetzt, dass demnächst ein postumus geboren wird, nach dem präsumtiven Willen des Erblassers als zur Todeszeit des Vermächtnissnehmers erfüllt angesehen werden. Ist diese Auslegung richtig, dann ist für die Aufrechthaltung des Vermächtnisses in Wirklichkeit die Erwägung massgebend gewesen, dass der Erblasser den Bestand des Vermächtnisses nicht von dem Erleben des Eintritts der Bedingung seitens des Vermächtnissnehmers habe abhängig machen wollen.[94])

Gesetzt übrigens, dass die Erklärung der L 18 cit. aus dem Willen des Erblassers und der Satz, dass der Wille des Erblassers auch bedingte Vermächtnisse vererblich machen könne, nicht für richtig zu erachten sein sollte, so müsste doch nach *justinianischem* und heutigem Rechte von einem anderen Gesichtspunkte aus die Verfügung des Erblassers, dass ein bedingtes Vermächtniss

93) Auch die Entscheidung des *Neratius* in L 7 de manum. test. cit. ist nicht aus der gesetzlichen Regel: Nasciturus pro jam nato habetur etc. zu erklären. Vgl. oben Not. 89. Wie in dem Falle der L 18 cit. die Gültigkeit, so konnte im Falle der L 7 cit. die Ungültigkeit des Vermächtnisses ohne Vortheil für das Kind sein. — In L 187 D de R. J. sagt *Celsus:* Si quis praegnatem uxorem reliquit, non videtur sine liberis decessisse. Dieser Ausspruch macht keine Schwierigkeit, soweit der Vortheil des erwarteten Kindes in Frage steht (vgl. § 14); aber auch ausserdem ist er, als Interpretation des Parteiwillens genommen, unbedenklich, vorausgesetzt, dass demnächst ein lebendes und lebensfähiges Kind geboren wird. Vgl. L 129 D de V. S. (oben § 15.)

94) Vgl. *Enneccerus* Ueber Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung etc. S. 102 ff.

Geltung haben solle, auch wenn die Bedingung erst nach dem Tode des Vermächtnissnehmers eintrete, für wirksam erachtet werden. Eine solche Verfügung lässt sich nemlich auffassen als Substitution der Erben des Vermächtnissnehmers für den Fall, dass letzterer nach dem Tode des Erblassers, aber vor Eintritt der Bedingung mit Tod abgehen sollte. Das Verbot der Honorirung von personae incertae ist im *justinianischen* Rechte aufgehoben,

L un. C de incertis personis 6. 48 (lex restituta),
vgl. § 27 J de leg. 2. 20,

und steht daher einer solchen Substitution der Erben des Vermächtnissnehmers nicht mehr im Wege.

Der Gesichtspunkt der Substitution lässt sich aber auch bei bedingten Erbeinsetzungen verwerthen. So lange die Bedingung in Schwebe ist, kann von Delation, d. h. von der Möglichkeit des Erwerbs der Erbschaft oder des Erbtheils nicht die Rede sein; dem bei Eintritt der Bedingung bereits Verstorbenen kann nicht mehr deferirt werden; die Rückbeziehung der Delation auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers mit Rücksicht auf dessen Willen lässt sich nach den Gesetzen nicht rechtfertigen;[95]) zudem gilt die Regel: hereditas nondum adita non transmittitur ad heredes. Wenn aber der Wille des Testators in bestimmter Weise erhellt, dass im Falle Versterbens des bedingt Eingesetzten nach dem Tode des Testators, aber vor Eintritt der Bedingung die Erben desselben an dessen Stelle treten sollen,[96]) so können diese Erben nach eingetretener Bedingung die ihrem Erblasser zugedacht gewesene Erbschaft oder Erbportion als Substituten desselben in Anspruch nehmen.[97])

95) Vgl. Note 97 a. E. und s. § 26.

96) Einer ausdrücklichen Erwähnung der Erben bedarf es nicht. Vgl. L 15 C de testam. 6. 23.

97) Wie früher (S. 20, 21) dargelegt, beruht das bereits im vorjustinianischen Rechte begründete ausschliessende Accrescenzrecht des

Aus dem Vorbemerkten ergibt sich von selbst die Beantwortung der am Ende des vorigen § aufgeworfenen Frage.[98])

25. *Leist* in *Glück*'s Commentar, Serie der Bücher 37 und 38 Thl. 2 S. 242 ff., ist auf Grund der L 12 D de Carb. ed. 37. 10 (s. § 19 a. E.) geneigt, den Erben des vor Ausgang der Schwangerschaft verstorbenen Nacherbberechtigten, auch ohne dass eine Verfügung zu ihren Gunsten von Seiten des ersten Erblassers vorliegt, also auch bei gesetzlicher Erbfolge, nach eingetretener Todtgeburt im Transmissionswege zu helfen. Das kann aber nur geschehen vom Standpunkte der Ansicht aus, gegen welche die gegenwärtige Abhandlung gerichtet ist, dass nämlich bei eingetretener Todtgeburt von der Thatsache der Schwangerschaft völlig abzusehen sei. Der *Leist*'schen Ansicht steht insbesondere die im § 19 erörterte L 4 D de SCto Sil. entgegen.

In einem Falle freilich hat das prätorische Recht Transmission eintreten lassen, obgleich dem Transmittenten wegen Schwangerschaft der Wittwe des Erblassers gar nicht deferirt war, dann nemlich, wenn im Testamente ein suus oder ein emancipatus, also ein mit dem erwarteten postumus Gleichberechtigter eingesetzt, der beim Tode des Erblassers in Aussicht stehende postumus aber präterirt war.[99]) Entscheidend war hier der Umstand, dass der eingesetzte Erbe, wenn er den Ausgang der Schwangerschaft erlebt hätte, jedenfalls Erbrecht gehabt haben würde, ex testamento im Falle einer Todtgeburt, ab intestato im

heres conjunctus und seiner Erben, sowie das Accrescenzrecht des collegatarius und seiner Erben auf dem Willen des Erblassers; es accrescirt aber eintretenden Falles ex nunc, nicht ex tunc.

98) Wenn ein Vermächtniss unter der Bedingung des Nichtvorhandenseins eines Kindes beim Tode des Erblassers demjenigen auferlegt ist, der unter der nämlichen Bedingung zum Erben eingesetzt ist, so liegt der Fall einer condicio juris vor, — vgl. L 107 de cond. 35. 1 — und ist folgeweise die Vererblichkeit des Vermächtnisses ausser Zweifel.

99) Vgl. oben S. 31 Not. 45, S. 43 Note 64, besonders *Leist* a. a. O.

Falle der Geburt eines lebenden und lebensfähigen Kindes. Es muss, zumal im Hinblick auf L 4 D de SC. Sil. cit., für unstatthaft erachtet werden, die für den eben erwähnten besonderen Fall zugelassene Transmission auf die Fälle zu erstrecken, wo es sich um das Erbrecht eines dem erwarteten postumus Nachstehenden handelt.[100])

Nimmt man übrigens mit der herrschenden Lehre an, dass nach dem Rechte der nov. 115 die Agnation eines im Testamente übergangenen postumus nicht Nichtigkeit (Ruption), sondern nur Anfechtbarkeit des Testaments begründe,[101]) so versteht es sich, dass der Grundsatz: quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas (L 84 D de A. vel O. H. 29. 2) mit seinen Consequenzen für antiquirt zu erklären ist. Darnach wird insbesondere auch ein im Testamente eingesetzter extraneus durch den Umstand, dass beim Tode des Testators ein im Testamente übergangener oder ungiltig enterbter postumus in Aussicht steht, am Erbschaftsantritt nicht gehindert und verbleibt ihm natürlich die Erbschaft, wenn hinterher die Wittwe mit einem todten Kinde niederkömmt.

26. Bei der testamentarischen Erbfolge sowohl als bei der gesetzlichen Erbfolge gilt der Grundsatz:

> Heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intellegitur. L 54 D de A. vel O. H. 29. 2. Vgl. L 138 pr. D de R. J., L 193 eod.

Dieser Grundsatz hat, wie sich aus vielen, theilweise in dieser Abhandlung erörterten Gesetzesstellen ergibt,[102]) nicht die Tragweite, die an sich nach dem Wortsinne ihm zukommen würde: der Erbe gilt nicht für die Zeit vor dem

100) Der Transmissionsfall des L 12 D de Carb. ed. ist kein solcher, in welchem dem Transmittenten nicht deferirt war.

101) Vgl. *Arndts* § 599 Anm., *Windscheid* § 591.

102) S. § 8, 17. — Vgl. im Uebrigen besonders *Koeppen* die Erbschaft S. 123 ff., *Arndts* § 521 Anm. 1, *Windscheid* § 531 Nr. 2.

Erbschaftserwerb als Subject des erbschaftlichen Vermögens. Aber insoweit hat der Satz Geltung, als sämmtliche Vermehrungen und Verminderungen des erbschaftlichen Vermögens in der Zwischenzeit vom Tode des Erblassers bis zum Eintritt des Erben auf Rechnung des Erben gehen, wie wenn er die Erbschaft bereits im Augenblicke des Todes des Erblassers erworben hätte. Darnach wird der quantitative Gehalt der Erbschaft oder der Erbportion, die Jemand zufolge der Todtgeburt eines Kindes überkömmt, regelmässig derselbe sein, mag nun von der Thatsache der Schwangerschaft abgesehen werden oder nicht.[103]) Doch kann sich auch in dieser Richtung eine Differenz herausstellen, je nachdem man der einen oder der anderen Ansicht sich anschliesst. Man setze den Fall, dass Jemand, der bisher keine Kinder hatte, mit Hinterlassung einer schwangeren Frau ohne Testament verstorben ist, dass darauf der Vormund eines unmündigen Neffen, der abgesehen vom erwarteten Kinde der nächste Verwandte ist, im Glauben, dass die Wittwe nicht in der Hoffnung sei, Namens seines Mündels den Erbschaftsantritt erklärt hat, sodann von einem Fremden in Bezug auf eine Erbschaftssache eine mit Auslagen verknüpfte, an sich nützliche Geschäftsführung erfolgt ist, deren Resultat aber ein späterer Zufall zu nichte gemacht hat, und dass hierauf die Wittwe mit einem todten Kinde niedergekommen ist. Vom Standpunkte der Ansicht aus, dass nach eingetretener Todtgeburt von der Thatsache der Schwangerschaft völlig abzusehen sei, ist zu sagen, dass der Fremde das Geschäft eines unmündigen, nur bis zum Belaufe der Bereicherung haftenden Geschäftsherrn geführt und daher nach Lage der

103) Die von der Frau zufolge erwirkter missio ventris nomine aus dem Nachlasse gezogenen Alimente brauchen auch im Falle der Nichtschwangerschaft für die Zeit, während welcher sich die Frau für schwanger hielt, nicht zurückerstattet zu werden. L. 1 § 27, 28 D de ventre in poss. mitt. 37. 9.

Sache keinen Ersatzanspruch habe;[104]) vom Standpunkte der gegentheiligen Ansicht muss angenommen werden, dass das Geschäft einer hereditas jacens geführt worden sei, und dass daher der Geschäftsführer den Ersatz seiner Auslage in Anspruch nehmen könne.[105])

Im Nachgange des im § 17 Ausgeführten soll schliesslich noch ein Fall unterstellt werden, in welchem es nach heutigem Rechte von praktischer Bedeutung ist, ob nach eingetretener Todtgeburt von der Thatsache der Schwangerschaft abgesehen wird oder nicht. Jemand hat in seinem Testamente das bereits vorhandene Kind auf die eine Hälfte, die ihm noch geboren werdenden Kinder auf die andere Hälfte eingesetzt. Ersteres hat nach dem Tode seines Vaters eine Erbschaftsforderung ihrem ganzen Betrage nach eingeklagt; es ist aber wegen constatirter Schwangerschaft der Wittwe in Betreff der Hälfte der eingeklagten Forderung (nicht blos »zur Zeit«) abgewiesen worden. Erfolgt nun hinterher eine Todtgeburt, so kann nach der in gegenwärtiger Abhandlung bekämpften Ansicht der aberkannte Forderungstheil nur mit Hülfe einer in integrum restitutio von Neuem eingeklagt werden; anders vom Standpunkte der Ansicht aus, dass nach eingetretener Todtgeburt von der Thatsache der Schwangerschaft, auch wenn Accrescenz in Frage steht, nicht abgesehen werden dürfe.[106])

---

104) L 6 pr., L 37 pr. D de neg. gest. 3. 5.
105) L 21 § 1 D eod.
106) Vgl. L. 11 § 4, 5 D de exc. rei jud. 44. 2.

Druck von E. Mühlthaler in München.

Bei Theodor Ackermann in München sind ferner erschienen:

Amira, Dr. Karl von, *Das altnorwegiſche Vollſtreckungsverfahren.* Eine rechtsgeſchichtliche Abhandlung. gr. 8°. 1874. Preis *M.* 7. 60 ₰

— — *Erbenfolge und Verwandtſchaftsgliederung* nach den altniederdeutſchen Rechten. gr. 8°. 1874. Preis *M.* 4. 80 ₰

— — *Ueber Zweck und Mittel der germaniſchen Rechtsgeſchichte.* Akademiſche Antrittsrede. gr. 8°. 1876. Preis *M.* 1. 40 ₰

Eberty, Dr. Guſtav, *Ueber das Verhältniss des Staats zur Volkserziehung.* 8°. 1872. Preis 50 ₰

— — *Die Preussische Gefängniss-Gesetzgebung.* 8°. 1872. Preis 50 ₰

Études diplomatiques *sur la question d'Orient.* Tome premier. gr. 8°. 1873. Preis *M.* 4.

Freund, Dr. Leonhard, *Titanen und Pygmäen.* Wanderungen auf wissenſchaftlichen, politiſchen und ſocialen Gebieten. gr. 8°. 1871. Preis *M.* 4. 80 ₰

— — *Thaten und Namen.* Forſchungen über Staat und Geſellſchaft, mit beſonderer Rückſicht auf Lorenz Stein und Rudolf Gneist. gr. 8°. 1871. Preis 80 ₰

Gottheif, J., Schwurgerichte und Schöffengerichte. Zwei Vorträge, gehalten am 19. und 21. März 1873 im Liebig'ſchen Hörſaale. Zum Beſten des Volksbildungsvereins veröffentlicht. gr. 8°. 1873. Preis 50 ₰

Grueber, Dr. Erwin, *Verſuch* einer Erklärung der L. 9. §. 1. D. *de jure dotium.* gr. 8°. 1874. Preis *M.* 1. —.

— — *Ueber den Einfluſs der Eigenthumsklage auf die Erſitzung nach römiſchem Rechte.* Eine hiſtoriſch-dogmatiſche Abhandlung. gr. 8°. 1875. Preis *M.* 1. 20 ₰

Haiss, Wilhelm, *Traditio und Investitura.* Ein rechtsgeſchichtlicher Verſuch. gr. 8°. 1876. Preis *M.* 2 —.

Hellmann, Dr. Friedr., *Die novatoriſchen Funktionen der Wechselbegebung.* gr. 8°. 1874. Preis *M.* 1. 60 ₰

— — *Das gemeine Erbrecht der Religiosen.* Ein hiſtoriſch-dogmatiſcher Verſuch. gr. 8°. 1874. Preis *M.* 2. —.

Holtzendorff, Dr. Franz. *Der Rechtsfall der Fürstin Bibesco* (früheren Fürſtin Bauffremont). Ein Gutachten. gr. 8°. 1876. Preis 75 ₰

Lotmar, Ph., *Ueber Causa im römiſchen Recht.* Beitrag zur Lehre von den Rechtsgeſchäften. gr. 8°. 1875. Preis *M.* 4. —.

Wehner, Anton, Die Gerichtsverfaſſung der Stadt München von der Entſtehung bis zum Untergange der Rathsverfaſſung. gr. 8°. 1876. Preis *M.* 2. —.

Widder, Anton, Die *Amortisations-Gesetzgebung* im Königreich Bayern. gr. 8°. 1873. Preis *M.* 1. 50 ₰

Zorn, Dr. jur., Philipp, *Staat und Kirche in Norwegen* bis zum Schluſse des dreizehnten Jahrhunderts. Eine Unterſuchung zur Geſchichte des canoniſchen Rechtes und der Kämpfe zwiſchen Staat und Kirche. gr. 8°. 1875. Preis *M.* 5. —.

Druck von E. Mühlthaler in München.